Das

Gemeinschaftliche Testament

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doctorwürde

der

juristischen Fakultät zu Giessen

vorgelegt von

Hugo Mattes

Gerichtsaccessist in Worms.

Worms, 1902.
Druck von Heinrich Fischer.

Das

Gemeinschaftliche Testament

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doctorwürde

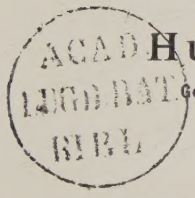
der

juristischen Fakultät zu Giessen

vorgelegt von

Hugo Mattes

Gerichtsaccessist in Worms.



Worms, 1902.
Druck von Heinrich Fischer.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung. Seite

§ 1. Begriff und Arten des gemeinschaftlichen Testaments. Geschichte. Die Frage der Zulässigkeit vom Standpunkt der Rechtspolitik 1

Das gemeinschaftliche Testament nach dem B. G. B.

I. § 2. Zulässigkeit 7

II. § 3. Die rechtlichen Besonderheiten 11

III. Typische Fälle des gemeinschaftlichen Testaments.

A. Das correspective Testament.

§ 4. Das Wesen der Correspectivität und die unmittelbar daraus abzuleitenden Wirkungen 24

§ 5. Die gesetzliche Interpretationsregel des § 2270 Abs. 2 35

§ 6. Die Form des Widerrufs zu Lebzeiten beider Gatten 39

§ 7. Die Beschränkung der Widerrufsfreiheit des überlebenden Ehegatten 45

§ 8. B. Der besondere Fall des § 2269 (insbes. das gemeinschaftliche Testament mit Letzterbeneinsetzung) 64

Vorbemerkung. Da die vorliegende Arbeit bereits im Oktober 1901 abgeschlossen worden, ist die später erschienene Litteratur unberücksichtigt geblieben.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538118_0087

§ 1.

Einleitung.

Begriff und Arten des gemeinschaftlichen Testaments. Geschichte. Die Frage der Zulässigkeit vom Standpunkt der Rechtspolitik.

I. Ein gemeinschaftliches Testament (t. simultaneum) ist ein solches, bei dem die letztwilligen Verfügungen zweier (oder mehrerer) Erblasser[1] in einem Solennitätsakt[2] zusammengefasst sind.

Herkömmlicherweise werden als Unterarten desselben aufgeführt:

1) das reciproke Testament (t. mutuum s. reciprocum). Es liegt vor, wenn die beiden Testatoren sich gegenseitig bedenken, insbesondere sich zu Erben einsetzen.

2) das correspective Testament (t. correspectivum). Ein solches ist vorhanden, wenn die letztwilligen Verfügungen nur

---

[1] Nach dem B. G. B. braucht allerdings ein gemeinschaftliches Testament nicht notwendig die letztwilligen Verfügungen zweier (oder mehrerer) Personen zu enthalten. Nach den §§ 1516, 2292 B. G. B. gibt es gemeinschaftliche Testamente, in denen nur die eine Person eine letztwillige Verfügung trifft, während die andere lediglich ihre Zustimmung zu dieser erteilt. Das gemeinschaftliche Testament ist in diesen Fällen aus Zweckmässigkeitsgründen in durchaus begriffswidriger Art als leichtere Beurkundungsform verwendet. Ich werde daher wie bei der obigen Definition so auch im folgenden diese Anomalie nicht weiter berücksichtigen.

[2] In den Definitionen vieler älterer Schriftsteller (z. B. Bluntschli Deutsches Privatrecht II § 202) ist statt „in einem Sollennitätsakt", „in einer Urkunde" gesetzt. Da der Sollennitätsakt nicht in der Aufnahme einer Urkunde zu bestehen braucht, sind diese Definitionen ungenau.

mit Rücksicht auf einander getroffen sind und daher auch in einem eigenartigen Bedingungsverhältnis zu einander stehen[3]).

Die reciproken Testamente sind zwar überaus häufig, indessen gelten für sie keine rechtlichen Besonderheiten und darum erscheint dieser Begriff eigentlich als recht überflüssig.

Anders ist es dagegen mit dem Begriff des correspectiven Testaments. Ist das gemeinschaftliche Testament zugleich ein correspectives, dann gelten eine Reihe besonderer Rechtssätze, die freilich z. T. sehr bestritten sind.

II. Ob es in Rom gemeinschaftliche Testamente gab, darüber herrscht unter den Romanisten Streit. Diejenigen, welche es bejahen, verweisen insbesondere auf l. 19 C. de paet (2,3) und eine Novelle Valentinians III. vom Jahre 446 n. Chr. — Sicher ist jedenfalls, dass gemeinschaftliche Testamente im Rechtsleben der Römer irgendwelche Bedeutung nicht erlangt haben. Es bestand in Rom auch kein Bedürfnis danach. Der Hauptfall des gemeinschaftlichen Testaments, das correspective Testament, beruht auf jener eigenartigen, den Römern völlig fremden Auffassung des Wesens der Ehe, die zur Ausbildung der Gütergemeinschaft in ihren verschiedenen Formen geführt hat.

Auch auf die weitere Streitfrage, ob die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente mit den Grundsätzen des römischen Testamentsrechtes überhaupt vereinbar gewesen sei, glaube ich nicht näher eingehen zu sollen.

Insoweit diese Grundsätze dem römischen Recht eigentümlich sind, ist die Frage zu speziell rechtshistorisch, um bei einer Einleitung in das moderne Recht eine Erörterung zu verdienen; insoweit diese aber auch dem modernen Recht angehören, wird aus den späteren Erörterungen sich die Antwort auf jene Frage ergeben.

Als lebendiges, im Leben unentbehrliches Rechtsinstitut kommt das gemeinschaftliche Testament zuerst seit der Wende des Mittelalters und der Neuzeit vor. Allerdings ist von Manchen, zuerst wohl von J. S. Stryke — dem jüngeren Stryke — in seiner „dissertatio de testamentis coningum reciprocis“ (1702 erschienen) behauptet worden, gemeinschaftliche Testa-

---

[3]) Bisweilen wird das correspective Testament auch als besonderer Fall des reciproken bezeichnet. Es beruht dies auf der im bisherigen gemeinen und preussischen Recht vielfach vertretenen Ansicht, Correspectivität sei nur dann anzunehmen, wenn die Gatten sich gegenseitig Zuwendungen machten. Für das B. G. B. kann diese Ansicht nicht mehr aufrecht erhalten werden; vgl. § 2270 B. G. B. und die §§ 5 und 6 dieser Abhandlung.

mente kenne schon das 7. Jahrhundert; den Beweis dafür bilde ein Formular in der aus dieser Zeit stammenden Formelsammlung des Mönches Markulf.

Allein das Vorkommen eines Formulars in einer „ad exercenda initia puerorum" verfassten Sammlung, vielleicht auch in ein paar ähnlichen Sammlungen aus den folgenden Jahrhunderten, ist kein hinlänglicher Beweis dafür, dass solche im Rechtsleben in erheblichem Umfang wirklich vorgekommen sind.

Vielleicht hat auch der mit dem römischen Recht vertraute Verfasser die oben bereits erwähnte Verordnung Valentinians III. vom Jahre 446 gekannt und hat dies den Anlass zur Aufnahme jenes Formulars gegeben.[4])

Das gemeinschaftliche Testament ist, wie gesagt, in der Zeit der Reception in das deutsche Rechtsleben eingetreten. Das ältere deutsche Recht hatte die wechselseitigen Vergabungen ausgebildet. Das eindringende römische Testamentsrecht suchte diese durch seine Formen zu ersetzen und so kam man dazu, das Institut des gemeinschaftlichen Testaments auszubilden.

Dabei hat auch eine gewisse missverständliche Auffassung des Wesens der allgemeinen Gütergemeinschaft mitgewirkt. Man hatte nämlich den bei dieser geltenden Grundsatz, dass die Gatten unter Lebenden nur zu gesamter Hand über das gemeinschaftliche Vermögen verfügen können, ausdehnen zu müssen geglaubt auf die Verfügungen von Todeswegen[5]). Die Form, deren man hierbei bedurfte, fand man denn in dem gemeinschaftlichen Testament.[6])

Die Bedenken, die gegen die Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente aus verschiedenen Sätzen des römischen Testamentsrechtes hergeleitet werden können und später thatsächlich hergeleitet worden sind, beachteten die damaligen Juristen noch nicht, einmal, weil sie das römische Recht viel zu wenig kannten, dann aber auch, weil für sie lediglich das praktische Bedürfnis entscheidend war. Sie konnten sich auch auf die Autorität der Postglossatorenschule berufen, welche nach dem Vorgang des Oldradus de Ponte, des Lehrers

---

[4]) Vgl. hierzu Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen B. 1 S. 251.

[5]) In vielen Partikularrechten war es bei allgemeiner Gütergemeinschaft den Gatten verboten, Sondertestamente zu errichten (vgl. hierzu Stobbe-Lehmann Deutsches Privatrecht IV S. 266 und Roth Deutsches Privatrecht II § 108, ferner Gruchot Preuss. Erbrecht II S. 456.

[6]) In gewisser Weise erinnert daran noch der § 1516 B. G. B.

des Bartolus, bereits früher die mittelalterliche italienische Rechtssitte der Errichtung gemeinschaftlicher Testamente gebilligt hatte.

Diese italienische Rechtssitte hat übrigens auch sicherlich das Aufkommen gemeinschaftlicher Testamente in Deutschland sehr gefördert.

Die meisten deutschen Partikularrechte erkannten, wenn auch zum Teil mit mannigfachen Einschränkungen, die Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente ausdrücklich an.

Der Standpunkt der grossen neueren Gesetzgebungen gegenüber dem gemeinschaftlichen Testament[7]) ist ein verschiedener.

Ohne Beschränkung zugelassen sind sie im cod. Max. bav. civ. (Teil III Kap. IV § 10) und im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863. Nur für Ehegatten lässt sie zu das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 538, 1248).

Das preussische Allgemeine Landrecht (II 1 § 482 f) erwähnt ausdrücklich nur gemeinschaftliche, correspective (von ihm „wechselseitige" genannte) Testamente von Ehegatten mit dem Inhalt gegenseitiger Erbeinsetzung. Der m. E. richtigen Ansicht nach will es jedoch damit gemeinschaftliche Testamente anderer Personen und solche mit nichtcorrespectivem Inhalt nicht ausschliessen (vgl. z. B. Dernburg, Preussisches Privatrecht B. III S. 491); ebensowenig ist nach A. L. R. zum Begriff der Correspectivität gegenseitige Erbeinsetzung erforderlich, es genügt vielmehr, wenn die beiden Gatten sich Zuwendungen anderer Art machen, ja sogar, wenn der eine den andern bedenkt und dieser mit Rücksicht auf ihn einem dritten etwas zuwendet. Im grossen und ganzen war die im A. L. R. getroffene ausführliche Regelung befriedigend.

Dagegen verbietet die gemeinschaftlichen Testamente gänzlich der code civil[8]), sowie die sich an ihn anschliessenden Privatrechtscodificationen ausserdeutscher Länder, ferner der

---

[7]) Was im neueren gemeinen Recht Rechtens war, ist schwer zu sagen, da fast jeder Schriftsteller darüber seine besondere Meinung hatte. Die Praxis hielt sich im grossen und ganzen an ähnliche Sätze, wie sie bereits das A. L. R. als zweckmässig erkannt hatte.

[8]) Art. 968: „Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle."

Art. 1097: Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte."

„Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Grossherzogtum Hessen“ (Abt. III Art. 83).

Auf diesem Standpunkt stand auch der I. Entwurf des B. G. B, während in der II. Kommission auf Grund einer geradezu einstimmig erhobenen Forderung der Kritik die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente für Ehegatten freigegeben wurde. Dies ist dann auch in das B. G. B. (§ 2265 ff.) übergegangen.

III. Was die Frage anlangt, ob die Zulassung gemeinschaftlicher Testamente vom Standpunkt der Rechtspolitik aus gerechtfertigt erscheint, so wird von den Gegnern der Zulassung (vgl insbesondere die Motive zum B. G. B. B., V. S 253—257) hauptsächlich geltend gemacht, es handle sich hier um eine abwegige Rechtsentwicklung; gemeinschaftliche Testamente seien Zwittergebilde von Testament und Erbvertrag, böten praktische und theoretische Schwierigkeiten und hätten zahlreiche Erbschaftsstreitigkeiten im Gefolge. Als Ersatz hat man vorgeschlagen, entweder correspective Verfügungen in Sondertestamenten zu errichten oder aber einen Erbvertrag zu schliessen.

Diese Bedenken sind nicht schwerwiegend genug, um die Ausschliessung gemeinschaftlicher Testamente als begründet erscheinen zu lassen, zumal die Thatsache, dass ihre Errichtung einem weitverbreiteten Rechtsbedürfnis entspricnt, über allen Zweifel erhaben ist. Ist doch auf dem XX. deutschen Juristentag konstatiert worden, dass in manchen Gegenden Deutschlands der Ehegatte, der ein Sondertestament errichtet, stets den Grund dafür angeben und sich entschuldigen zu müssen glaubt[9]).

Das gemeinschaftliche Testament hält durchaus nicht, wie seine Gegner behaupten, „eine unklare Mitte zwischen Testament und Erbvertrag“. Wie schon sein Name besagt, ist es grundsätzlich Testament und daher den für dieses geltenden Rechtssätzen unterworfen. Seine wenigen rechtlichen Besonderheiten können ihm den Charakter einer letztwilligen Verfügung nicht nehmen. Nur für einen besonderen Fall des gemeinschaftlich-correspectiven Testaments gilt eine Ausnahme (§ 2271 Abs. 2). Allein dann liegt, wie ich später nachweisen werde, ein wirklicher Erbvertrag vor.

Auch den Hinweis darauf, dass die gemeinschaftlichen Testamente viele praktische und theoretische Schwierigkeiten böten und deshalb durch ihre Zulassung die ohnehin schon zahlreichen Erbschaftsstreitigkeiten vermehrt werden würden.

---

[9]) Lané in den Verhandlungen des XX. Deutschen Juristentages I. S. 6 ff.

kann ich nicht als einen stichhaltigen Grund ansehen. Die theoretischen Schwierigkeiten sind — es wird das ja im einzelnen noch nachgewiesen werden — nicht unüberwindlich, ebensowenig wie die praktischen. In der Praxis des A. L. R. haben sich anfangs wohl solche ergeben, sie sind jedoch im allgemeinen in durchaus befriedigender Weise durch die Judicatur beseitigt worden.

Aber auch im gemeinen Recht, wo keine brauchbaren, festen Rechtssätze vorhanden waren, ist die Praxis mit sicherem Takte den richtigen Weg gegangen, ohne sich durch die vielen praktischen und theoretischen Bedenken der Doctrin, die sich seit dem jüngeren Stryke mit wahrer Leidenschaft auf das gemeinschaftliche Testament gestürzt hatte, allzuviel beirren zu lassen[10]). — Deshalb dürften auch die Erbschaftsprozesse bei gemeinschaftlichen Testamenten kaum häufiger sein als bei getrennten.

Das eine der zum Ersatz vorgeschlagenen Surrogate, der Erbvertrag, wäre höchstens zu verwenden in jenem besondern Fall des correspectiven Testaments, von dem bereits oben kurz die Rede war[11]), das andere, das getrennte correspective Testament, kommt im Leben nicht vor und dürfte fast mehr Schwierigkeiten bereiten als ein gemeinschaftlich-correspectives Testament.

Die Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente ist jedoch auf solche unter Ehegatten zu beschränken, da nur nach solchen ein wirkliches Bedürfnis des Rechtslebens anzuerkennen ist. Die weitaus meisten gemeinschaftlichen Testamente sind zugleich correspective; jenes eigenartige, innere Verhältnis aber, das die Errichtung correspectiver Verfügung so natürlich und gerechtfertigt erscheinen lässt, besteht der Regel nach nur zwischen Ehegatten.

Dazu, auch für Verlobte gemeinschaftliche Testamente zuzulassen, liegt ein Bedürfnis nicht vor, da diese der Sitte nach, sofern sie überhaupt vor der Ehe Verfügungen von Todeswegen treffen, dies in einem zugleich mit dem Ehevertrag abgeschlossenen Erbvertrag zu thun pflegen.

Auf Grund solcher Erwägungen hat denn auch sowohl das österreichische als auch das neue deutsche B. G. B. die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente nur Ehegatten gestattet.

---

[10]) Vgl. O. Fischer, Arch. f. bürgerl. Recht B. 6 S. 54 f.

[11]) Vgl. insbesondere aber § 7 der Abhandlung.

§ 2.

Das gemeinschaftliche Testament nach dem B. G. B.

Zulässigkeit.

§ 2265 B. G. B. bestimmt: „Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden."

Wie das Wörtchen „kann" ergibt, ist das keine blosse Sollvorschrift, sondern es sind, wenn die beiden Personen deren letztwillige Verfügungen in einem Testierakt vereinigt sind, nicht in einer gültigen Ehe leben, die letztwilligen Verfügungen Beider nichtig.

Die Möglichkeit der Aufrechterhaltung als Einzeltestament (Conversion) besteht lediglich im Fall des § 2267 und wird später noch genauer erörtert werden.

Die Nichtigkeit eines von Scheinehegatten (d. h. solchen, deren Ehe nichtig ist) errichteten gemeinschaftlichen Testaments wird jedoch geheilt in den Fällen, in denen das B. G. B. vorschreibt, die Ehe als eine „von Anfang an gültige" anzusehen (§ 1324, 1325, 1328) [1]. Ist freilich im Fall des § 1325 der geisteskranke Gatte auch bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments noch geschäftsunfähig gewesen, dann ist selbstverständlich seine letztwillige Verfügung auch dann nichtig, wenn er die Ehe später bestätigt; diese Bestätigung heilt dann lediglich die Nichtigkeit der Verfügungen des anderen Gatten [2].

---

[1]) In den Fällen des § 1325 und des § 1337 ist die Giltigkeit des gemeinschaftlichen Testaments abhängig von einem formlosen Rechtsakt, dessen Vornahme insbesondere nach dem Tod eines Gatten schwer zu beweisen sein dürfte. In dem Falle des § 1337 liegt übrigens nur Anfechtbarkeit des gemeinschaftlichen Testaments vor.

[2]) Die Voraussetzungen der Giltigkeit der letztwilligen Verfügungen — abgesehen von der Form — sind für jeden Gatten besonders zu prüfen, da eben doch die letztwilligen Verfügungen zweier Erblasser vorliegen. Es ist daher grundsätzlich auch die Nichtigkeit der Verfügungen des einen einflusslos auf die des andern. Von diesem Satz giebt es jedoch eine Ausnahme (welche für die Praxis wichtiger ist, als die Regel) beim correspectiven Testament.

Aber nicht nur die Ehegatten selber können durch ihr späteres Verhalten die Gültigkeit der Ehe und damit auch des gemeinschaftlichen Testaments herbeiführen, sondern in den Fällen der §§ 1328, 1336, 1337 B G. B. ist, was immerhin hervorgehoben zu werden verdient, dies auch Dritten möglich.

Während die Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft beim Einzeltestament lediglich zur Folge hat, dass die Zuwendung des Erblassers an seinen Gatten unwirksam ist, führt sie beim gemeinschaftlichen Testament die Unwirksamkeit sämtlicher in demselben enthaltenen letztwilligen Verfügungen herbei.

Diese Unwirksamkeit wird auch nicht etwa dadurch geheilt, dass die Gatten nach der Scheidung eine neue Ehe schliessen oder nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft sich wieder vereinigen, obwohl in letzterem Fall das Band der Ehe doch fortbestanden hat. Ist nämlich eine letztwillige Verfügung einmal unwirksam geworden, so wird sie grundsätzlich, soweit nicht das Gesetzbuch selbst eine Ausnahme statuiert[3]), durch spätere Ereignisse nicht wieder wirksam.

In vorliegendem Fall ist aber ein späteres Wiederwirksamwerden des Testaments auch aus sachlichen Gründen nicht zu rechtfertigen. Die Wiederherstellung der Ehe wird bisweilen nur eine äussere Form sein, während die in dem unwirksam gewordenen gemeinschaftlichen Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen das Bestehen einer wirklichen Ehe unter den Testatoren zur Voraussetzung hatten.

Die Unwirksamkeit des ganzen gemeinschaftlichen Testaments tritt ferner auch dann ein, wenn einer der Gatten zur Zeit seines Todes oder desjenigen des anderen Gatten auf Scheidung wegen Verschuldens desselben zu klagen berechtigt

---

[3]) Widerruf und Aufhebung eines Testaments bewirken gleichfalls dessen Unwirksamkeit; indessen wird diese unter Umständen gemäss § 2257, 2258 Abs. 2 B. G. B. wieder geheilt.

Unwirksamkeit eines Testaments bedeutet eben, dass es, obwohl es gültig errichtet ist, späterhin nicht in Wirksamkeit tritt, weil der in ihm erstrebte Erfolg entweder nicht eintreten kann oder wegen eines bestimmten Ereignisses nach dem Willen des Erblassers (der ev. blos vermutet wird) nunmehr nicht eintreten soll. Diese letztere Erwägung liegt sowohl den §§ 2077, 2268 wie den §§ 2253 ff. zu Grunde. In diesen Fällen erscheint es auch gerechtfertigt, eine Ausnahme von der Unwirksamkeit insoweit eintreten zu lassen, als dies dem Willen der Testatoren zu entsprechen pflegt. Dass aber im vorliegenden Fall ein solcher Wille fehlt, wird sogleich dargelegt werden.

war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bereits erhoben hatte[4]) Ich bin hier dem Vorgange Planck-Ritgens, Commentar z. B. G. B. (Anm. 1 zu § 2268) gefolgt und über den Wortlaut der §§ 2268, 2077 hinausgegangen.[5]) Auch wenn der verstorbene Gatte der Beklagte war, muss entsprechend dem zu vermutenden Willen beider Gatten die Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments eintreten. Allerdings hat ja der Ueberlebende in der Regel die Möglichkeit, ein Widerrufstestament zu errichten, allein eventuell müsste er erst die ihm von dem Verstorbenen gemachten Zuwendungen ausschlagen (vgl. § 2271 Abs. 2). Ausserdem liegt die Unwirksamkeit aber auch im Interesse des Verstorbenen. Ich denke hierbei an den Fall, dass beide Gatten schuldig sind, und der Verstorbene nicht förmliche Widerklage erhoben, sondern nur nach § 1574 Abs. 3 den Antrag gestellt hatte, auch den Kläger für schuldig zu erklären.

Es werden jedoch nicht notwendig alle Verfügungen unwirksam. § 2268 Abs. 2 hält sie vielmehr aufrecht „insoweit als anzunehmen ist, dass sie auch im Fall der Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft resp. der Erhebung der Scheidungsklage getroffen sein würden." So werden insbesondere die im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen nichtcorrespectiven Verfügungen wirksam bleiben.[6])

Die Beweislast trifft stets den, der trotz Auflösung der Ehe zu Lebzeiten beider Gatten die Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments oder einzelner Verfügungen in demselben geltend macht.

Die durch den Abs. 2 des § 2268 statuierte Ausnahme wird verworfen von Endemann, („Einführung in das B. G. B." III S. 191 I), der ausführt es handele sich nicht um eine „stillschweigende Voraussetzung" (Prot.) sondern mit der Auflösung der Ehe falle die innere Rechtfertigung und die gesetzliche Grundlage für das gemeinschaftliche Testament weg.[7])

---

[4]) Wegen § 628 C. P. O.

[5]) A. A. insbesondere die Protokolle (B. V S. 448) und Frommhold (Commentar zu Buch V des B. G. B., Anm. 1 ad, § 2268).

[6]) In diesem Sinn ist die bei Planck (Anm. 2 zu § 2268) gerügte Bemerkung Frommholds (Anm. 2 eod.) richtig zu stellen, es sei damit die im preussischen Recht herrschende Streitfrage, ob die Auflösung der Ehe das ganze gemeinschaftliche Testament oder nur dessen correspective Verfügungen vernichte, entschieden.

[7]) Vgl. auch Frommhold, Anm. 2 zu § 2268.

Dies ist offenbar unrichtig. Die „gesetzliche Grundlage" des gemeinschaftlichen Testaments fällt (ganz abgesehen von dem Fall, wo nur die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben ist) auch dann nicht weg, wenn die Ehe später geschieden wird, da ja dem Scheidungsurteil jede rückwirkende Kraft fehlt. Würde aber die gesetzliche Grundlage wirklich wegfallen, so müsste dies Nichtigkeit des Testaments, nicht blosse Unwirksamkeit zur Folge haben und das gleiche Resultat müsste sich ergeben in den andern Fällen, in denen jemand nach der Testamentserrichtung für die gewählte Form testierunfähig wird.

Auch wenn man sich darauf stützt, dass mit der Scheidung der rechtspolitische Grund für die Zulassung gemeinschaftlicher Testamente unter Ehegatten wegfällt, so ist die Folge doch höchstens die, dass die Unwirksamkeit insoweit eintritt, als nicht ein anderer rechtspolitischer Grund die Wirksamkeit erheischt.

Ein solcher liegt aber dann vor, wenn die Unwirksamkeit dem aus den Umständen zu entnehmenden Willen eines oder beider Gatten nicht entspricht und demnach Härten entstehen könnten. Die Vorschrift des § 2268 findet, wie die Protokolle ganz richtig hervorheben, ihre innere Rechtfertigung darin, dass bei den meisten Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments das Bestehenbleiben der Ehe stillschweigende Voraussetzung ist.

Zum Schlusse möchte ich noch darauf hinweisen, dass § 2268 ungenau gefasst ist. Er verweist auf die Fälle des § 2077 B. G. B. und damit auch auf den der Nichtigkeit der Ehe. Ist die Ehe aber nichtig, dann ist es auch, wie ich oben bereits betont habe, das gemeinschaftliche Testament, und es tritt nicht etwa blosse Unwirksamkeit nach § 2268 ein. Der praktische Unterschied ist der, dass nach § 2265 das ganze Testament schlechtweg nichtig ist, während § 2268 es doch insoweit aufrecht erhält, als dies dem Willen der Erblasser entspricht.[8])

[8]) A. A. Frommhold, Anm. 3 zu § 2265 und 1 zu § 2268; unklar und sich widersprechend. Planck, Anm. 1 zu § 2265 und Anm. 1 zu § 2268.

§ 3.

Die rechtlichen Besonderheiten.

I. Errichtung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt grundsätzlich alle Testamentsformen bei der Errichtung gemeinschaftlicher Testamente zu, die ordentlichen sowohl wie die ausserordentlichen (ein Antrag diese auszunehmen, wurde in der II. Kommission [Prot. V S. 734 ff.] abgelehnt); unter den ersteren also auch die holographische. Die Anwendung dieser Form unterliegt mancherlei Bedenken. Vor allem besteht bei ihr die Gefahr, dass der letzte Wille beider Gatten nicht so klar und unzweifelhaft wiedergegeben wird, wie dies zur Vermeidung nichtbeabsichtigter Consequenzen nötig erscheint. Es kommt hinzu, dass im Fall des § 2267 [1]) die Gewähr für die Echtheit und Ernstlichkeit des letzten Willens desjenigen, der blos die Beitrittserklärung hinzufügt (es wird dies meist auch noch die Ehefrau sein!) nicht sehr gross ist[2]). Es wäre deshalb vielleicht besser gewesen, die holographische Form bei der Errichtung gemeinschaftlicher Testamente zu verbieten, zumal da man ihre Anwendung auch sonst eingeschränkt hat[3]). Dieses Verbot wäre auch vom Publikum nicht sehr schwer empfunden worden, da im seitherigen Geltungsgebiet der holographischen Testamentsform gemeinschaftliche Testamente unbekannt waren (code civil!) —

Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments besteht, wie bereits früher ausgeführt worden ist, darin, dass die letztwilligen Verfügungen zweier Erblasser in einem Testierakt, einer Testamentsform vereinigt sind. Von diesem Satz werden wir bei Beantwortung der nunmehr zu erörternden Frage, in welchen Formen ein gemeinschaftliches Testament überhaupt errichtet werden kann, stets auszugehen haben.

---

[1]) In der dort beschriebenen Form werden wohl gemeinschaftliche holographische Testamente hauptsächlich vorkommen.

[2]) Löwenwald „Die gemeinschaftlichen Testamente im B. G. B." S. 85.

[3]) Vgl. § 2238 Abs. 2.

Ein gemeinschaftliches Testament kann zunächst errichtet werden in der Weise, dass die Gatten gleichzeitig vor dem Richter (oder Notar) und den erforderlichen Urkundspersonen erscheinen und ihren letzten Willen zu Protokoll geben; dass sie auch gleichzeitig sprechen, ist natürlich nicht nötig, es genügt, wenn sie nacheinander ihren letzten Willen erklären und nur ihre Absicht erhellt, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten Es ist dann aber weiter erforderlich, dass über Beider Erklärung **ein** Protokoll aufgenommen wird.

Die Errichtung kann ferner so vor sich gehen, dass die beiden Gatten eine Schrift (offen oder verschlossen) mit der mündlichen Erklärung übergeben, sie enthalte ihren letzten Willen.

Es ist übrigens auch zulässig, dass die letztwilligen Verfügungen beider Gatten in getrennten Schriftstücken enthalten sind[4]), und es kommt in diesem Falle auf den Context der Schriftstücke in keiner Weise an[5]), vielmehr ist nach dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Testieraktes lediglich entscheidend die gemeinschaftliche Uebergabe und Erklärung, sowie die Aufnahme **eines** Protokolls[6]).

Bezüglich der holographischen Testamentsform enthält § 2267 eine Sondervorschrift.

Er lautet:

„Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2231 Nr. 2 genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet, und der andere Ehegatte die Erklärung beifügt, dass das Testament auch als sein Testament gelten solle. Die Erklärung muss unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden."

Dass die Beitrittserklärung gerade denselben Wortlaut hat wie in § 2267, ist nicht erforderlich, andrerseits genügt aber auch, wie bei Planck (Anm. 1 und 2a zu § 2267) mit Recht hervorgehoben ist, die blosse Mitunterzeichnung durch den andern Ehegatten noch nicht, sondern die Beitrittserklärung muss stets ausdrücklich und unzweifelhaft abgegeben werden.

---

[4]) A. A. Unger, „Oesterreich. Erbrecht" S. 99.

[5]) A. A. Stubenrauch, Commentar zum Oesterr. B. G. B. II S. 342 Nr. 3.

[6]) So für das gemeine Recht Mühlenbruch bei Glück XXXVIII S. 218 und Köppen „Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts" S. 553. Es ist ja auch beim Einzeltestament möglich, dass der Erblasser mehrere Schriftstücke übergibt (H. Jastrow, „Formularbuch und Notariatsrecht" I S. 174, Planck, Anm. 3 e zu 2238).

Meines Erachtens lässt sich leider nicht verkennen, dass in § 2267 der Begriff des gemeinschaftlichen Testaments nicht gewahrt ist insofern, als hier ein einziger einheitlicher Testierakt überhaupt nicht mehr vorliegt.

Hat nämlich der erste Gatte seinen letzten Willen eigenhändig niedergeschrieben und Ort, Datum und Unterschrift hinzugefügt, so liegt ein vollkommen fertiges Testament vor. Die Beitrittserklärung des andern Gatten ist dann nur ein unselbständiges, accessorisches Anhängsel.

Die Folgerung, welche sich daraus ergiebt, ist keineswegs unwichtig.

Im Fall des § 2267 ist es nämlich möglich, das Testament des ersten Gatten gemäss § 140 B. G. B.[7]) aufrechtzuerhalten, wenn mangels einer gültigen Ehe die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments überhaupt nicht zulässig, oder bei der Beitrittserklärung ein Formfehler vorgekommen war. Nichtsdestoweniger muss man den Gedanken des Gesetzgebers, der hier offenbar einen einzigen, einheitlichen Testierakt annahm, möglichst zur Geltung zu bringen suchen. Daraus folgt, dass, wenn beim ersten Testament ein Formfehler unterläuft, auch das des andern Gatten nichtig ist, da die Form (d. h. der Testierakt) des gemeinschaftlichen Testaments ja grundsätzlich nur als einheitliche in Betracht kommt. — Ebenso ergiebt sich daraus auch, dass die Beitrittserklärung auf demselben Schriftstück wie das erste Testament (oder doch auf einem mit diesem verbundenen) stehen[8]) und dass ihr Datum mit dem des ersten Testaments identisch sein muss[9]).

Bei § 2267 entsteht die weitere Frage, wie es mit nachträglichen Zusätzen resp. Abänderungen steht. Regelmässig müssen diese in einem neuen gemeinschaftlichen Testament erfolgen. Nachträgliche Abänderungen resp. Einschaltungen im Text des gemeinschaftlichen Testaments machen dieses nichtig. Befinden sie sich im Text des ersten Testaments und rühren sie auch von dem Gatten her, der dieses geschrieben hat, so ist es möglich, sofern man nicht etwa nachträgliche Abänderungen u. s. w. auch beim Einzeltestament für unzu-

---

[7]) Da nach § 140 Conversion nur insoweit eintritt, als dies dem Willen der handelnden Person entspricht, werden im Fall der Correspectivität die Verfügungen des ersten Gatten nichtig bleiben, ohne dass es erst der Anwendung des § 2270 bedürfte.

[8]) So auch Anm. 1 zu § 2267 im Commentar von Wilke unter Hinweis auf das Wörtchen „beifügt" im § 2267.

[9]) Jastrow, a. a. O.: I S. 191; a. A. Planck, Anm. 2 zu § 2267.

lässig hält[10]), das Testament dieses Gatten im Wege der Conversion aufrechtzuerhalten[11])

Ein gemeinschaftliches Testament liegt dagegen nicht vor, wenn jeder Gatte das ganze Testament eigenhändig niederschreibt und am Schlusse Datum und Unterschrift hinzufügt. Meines Erachtens ist es völlig klar, dass es sich hier um zwei vollkommen selbständige Testierakte handelt. Jede der beiden Niederschriften ist nicht etwa für sich allein etwas Unfertiges, wie das nur von einem Teil unterzeichnete Duplicat eines Vertrags (Planck), sodass erst beide Niederschriften zusammen ein und zwar ein gemeinschaftliches Testament bildeten. Der von Planck herangezogene Vergleich mit § 126 Abs. 2 B. G. B. hinkt daher stark. Dort ist, solange nicht auf den mehreren Urkunden alle Unterschriften vollzogen sind, die Form nicht gewahrt und daher der Vertrag nicht perfect. Hier dagegen hat jeder Gatte durchaus die Form des § 2231 Z. 2 gewahrt und darum ein vollgültiges Testament errichtet, dass er die Verfügung des andern Gatten mitunterzeichnet, ist rechtlich bedeutungslos. Allerdings weisen beide Testamente auf einander hin, allein diese „innere Einheitlichkeit des Errichtungsaktes" (Frommhold) ist ohne Belang, da ja gerade das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments in der „äusseren Gemeinschaftlichkeit," der Einheit der Form besteht. Diese wird auch nicht etwa dadurch gewahrt, dass die beiden Testamente auf demselben Blatt Papier stehen.[12]) Wohl aber werden dann mit Rücksicht auf den Willen der Erblasser einzelne der für gemeinschaftliche Testamente geltenden Vorschriften analoge Anwendung zu finden haben.

Die Form des § 2267 ist jedoch nicht die einzige, in der die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2231 Z. 2 geschehen kann[13]) und daher auch das „genügt" in § 2267 völlig korrekt.

Eine andere Form ist die, dass jeder der Gatten seine eigenen Verfügungen eigenhändig niederschreibt und erstam

[10]) Vgl. Planck, Anm. II 5 zu § 2231.

[11]) Vgl. Planck, Anm. 4 zu § 2267 und oben die Bemerkung über Konversion im Falle des § 2267.

[12]) So insbesondere auch die Protok. V S. 429; a. A. Frommhold und Planck Anm. 3 zu § 2267.

[13]) A. A. die Protok. a. a. O., Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 2267 und Löwenwald a. a. O., S. 85.

Schlusse des ganzen Vorgangs Datum und Unterschriften hinzugefügt werden[14]).

Ueber die ausserordentlichen Testamentsformen ist wenig zu sagen. Die Form des Dorftestaments ist gemäss § 2266[15]) auch schon dann anwendbar, wenn die Besorgnis des baldigen Ablebens (vgl. § 2243) nur bezüglich eines Gatten vorliegt. Die analoge Erweiterung dieses Gedankens führt dazu, das Testament nach § 2252 nur dann als nichterrichtet zu betrachten, wenn 3 Monate nach der Errichtung **beide** Ehegatten noch am Leben sind[16]).

Ist einer der Gatten für die gewählte Form testierunfähig, so sind nicht nur seine eigenen Verfügungen, sondern nach dem Grundsatz von der Einheit der Form auch die des andern nichtig[17]). Ist dagegen einer der Gatten überhaupt testierunfähig, so sind, da abgesehen von § 2265 und der Form die Voraussetzungen der Giltigkeit bei jedem Gatten besonders zu prüfen sind, die Verfügungen des andern giltig[18]).

II. Widerruf.

Jeder der Gatten kann grundsätzlich — abgesehen von dem besonderen, erst später zu erörternden Fall der Correspectivität — seine eigenen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament jederzeit einseitig in den gewöhnlichen Formen widerrufen[19]).

Es können jedoch auch beide zusammen widerrufen, sei es, indem sie ein gemeinschaftliches Widerrufstestament errichten, indem sie das gemeinschaftliche Testament gemeinsam in der Absicht, es aufzuheben, vernichten[20]). Nicht nötig ist es, dass beide Gatten (oder auch nur einer von ihnen) die Vernichtung selbst ausführen, es genügt vielmehr, wenn einer

[14]) Vgl. Strohal „Erbrecht" S. 179. Dort wird weiter bemerkt, es genüge die Datierung seitens eines Erblassers. Meines Erachtens geht es nicht an, ein Formerfordernis ohne weiteres als überflüssig zu betrachten und deshalb von ihm abzusehen.

[15]) Einigermassen merkwürdig finde ich es, dass das B. G. B. die ausserordentliche Form (§ 2266) der ordentlichen (§ 2267) voranstellt.

[16]) Dass die Voraussetzungen des § 2250 und des § 2251 jedesmal bei beiden Gatten gegeben sein müssen, ist so selbsverständlich, dass Planck (Anm. zu § 2266) dies nicht besonders zu erwähnen brauchte.

[17]) Eine bereits erwähnte Ausnahme besteht im Fall des § 2267.

[18]) Vgl. jedoch § 2270 Abs. 1.

[19]) Besondere Vorschriften für den Widerruf bestehen nur beim correspectiven Testament.

[20]) Wilke, Anm. zu 2272.

der Gatten auf Geheiss des andern, aber auch gleichzeitig in eigenem Namen handelnd (oder auch ein dritter auf die Aufforderung beider Ehegatten hin) diese vornimmt[21]).

Steht fest, dass die Vernichtung des gemeinschaftlichen Testaments mit dem Willen beider Gatten erfolgt ist, dann wird nach § 2255 Abs. 2 vermutet, dass beide Gatten die Aufhebung desselben beabsichtigt haben.

Hat nur ein Gatte widerrufen wollen und gegen den Willen des andern die Testamentsurkunde vernichtet, dann ist nicht etwa wie Planck (Anm. 3 zu § 2272) meint, der Widerruf ganz ohne rechtliche Wirkung, vielmehr folgt aus dem obenerwähnten Prinzip der Freiheit des einseitigen Widerrufs bei dem Mangel einer entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung, dass die Verfügungen desjenigen Gatten, der in Aufhebungsabsicht die Urkunde vernichtete, widerrufen sind.

Eine Sondervorschrift für die Zurücknahme eines gemeinschaftlichen Testaments enthält § 2272. Dieser lautet:

„Ein gemeinschaftliches Testament kann nach § 2256 nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden."

Aus dieser Bestimmung, deren Zweck wohl keiner Erläuterung bedarf, folgt, dass beide Ehegatten gleichzeitig und persönlich erscheinen müssen, und die Rückgabe an sie beide bez. an einen von ihnen mit dem Einverständnis des andern zu erfolgen hat, und zwar auch dann, wenn ein nach § 2248 hinterlegtes, holographisches gemeinschaftliches Testament zurückgenommen werden soll, dessen amtliche Verwahrung nur auf Antrag eines Gatten angeordnet worden war.[22])

Uebrigens kann ich dem § 2272 trotz des „kann nicht" nur den Charakter einer Sollvorschrift zuerkennen. Einen hinlänglichen Grund dafür, dass die verbotswidrig an einen Gatten erfolgte Rückgabe nicht die Wirkung des Widerrufs von dessen Verfügungen habe, sondern gänzlich wirkungslos sein soll[23]), trotzdem der einseitige Widerruf jedem Gatten völlig freisteht, vermag ich nicht zu entdecken.

Man könnte höchstens dafür anführen, dass der Gatte, welcher ohne den Willen des andern die Urkunde zurücknehme und damit das wohlbegründete Verbot des § 2272 übertrete, hierdurch bestraft werden solle. Allein der Laie wird ja regelmässig von der Vorschrift des § 2272 nichts wissen und so eine Schuld lediglich den Beamten treffen, der die Rückgabe veran-

[21]) Vgl. Planck, Anm. 3b zu § 2255 und Anm. 3 zu § 2272.

[22]) Ueber die einzelnen Voraussetzungen des § 2256 vgl. Strohal S. 176 ff und Planck a. a. O.

[23]) Planck, Anm. 1 zu § 2272.

lasst hat, sodass eine Bestrafung des Ehegatten wenig angebracht erscheint.

Nach dem Tod des erstversterbenden Gatten kann der Ueberlebende das gemeinschaftliche Testament überhaupt nicht mehr zurückerhalten, also auch dann nicht, wenn er die correspective Zuwendung des Ueberlebenden ausschlägt.[24]) Er würde hierdurch das Original des Testamentes seines verstorbenen Gatten in die Hand bekommen, was unter allen Umständen, auch wenn die Testamentseröffnung bereits stattgefunden hat und eine beglaubigte Abschrift des Testaments des Verstorbenen vorhanden ist, aus leichtbegreiflichen Gründen verhütet werden muss.[25])

Die Vorschrift des § 2272 greift entsprechend ihrem Zweck überhaupt nicht ein, wenn die Gatten bei der gemeinschaftlichen Errichtung[26]) getrennte Schriftstücke übergeben haben.

III. Die Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Tode des erstversterbenden Gatten.[27])

Hierüber bestimmt der § 2273, der ebenso wie fast alle Vorschriften des B. G. B. über die Testamentseröffnung (ausgenommen ist z. B. § 2263) den Charakter einer blossen Ordnungs-(Soll-)vorschrift hat:

„Bei der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments sind die Verfügungen des überlebenden Ehegatten, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntniss der Beteiligten zu bringen. Von den Verfügungen des verstorbenen Ehegatten ist eine beglaubigte Abschrift anzufertigen.

Das Testament ist wieder zu verschliessen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen."

[24]) Vgl. hierzu § 2271 Abs. 2 und § 7 dieser Abhandlung.

[25]) Cosack „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts" II S. 641, Planck Anm. 2 zu § 2272.

[26]) Zur Vermeidung von Missverständnissen will ich hier nochmals hervorheben, dass in den vorstehenden Erörterungen der besondere Fall des correspectiven Testaments unberücksichtigt geblieben ist. Liegt ein correspectives Testament vor, dann hat allerdings wegen Verletzung des § 2271 Abs. 1 weder die einseitige Vernichtung der Testamentsurkunde, noch die einseitige Zurücknahme derselben die Wirkung des Widerrufs.

[27]) Ueber die sich an § 2273 anschliessenden Fragen besteht schon eine ziemlich reiche Litteratur. Ich werde, da diese meist untergeordneter Art sind und theoretisch gar kein, praktisch nur geringes Interesse bieten, lediglich die wichtigeren behandeln und ausserdem solche, die in der ausführlichen Darstellung bei Planck Anm. zu § 2273 nicht oder — nach meinem Dafürhalten — nicht richtig beantwortet sind.

Diese Vorschrift rechtfertigt sich durch die Erwägung, dass im gemeinschaftlichen Testament ja auch Verfügungen des noch lebenden Gatten enthalten sind, welche selbstverständlich möglichst geheim bleiben sollen.

Bei genauerer Untersuchung des § 2273 ergeben sich folgende Consequenzen.

a) Wenn die Verfügungen beider Gatten sich nicht sondern lassen, findet eine Vorlegung des Testaments überhaupt nicht statt oder doch nur in der Weise, dass die Verfügungen des Ueberlebenden verdeckt werden. Gegenüber dem Ueberlebenden selbst ist die Anwendung dieser Vorschriften selbstverständlich ausgeschlossen, da sie nur getroffen sind, um sein eigenes, privates Interesse an der Geheimhaltung seines letzten Willens zu wahren.[28])

Daraus folgt aber weiter, dass sie Platz greifen, wenn und insoweit der Ueberlebende auf die Beobachtung der Vorschrift des § 2273 verzichtet. Der Einwand, es handle sich um eine Formvorschrift[29]), auf deren Beobachtung nicht verzichtet werden könne, ist nicht stichhaltig, da diese Formvorschrift doch lediglich in dem rein privaten Interesse des Ueberlebenden ihren Grund hat, und daher auch wohl von der geschützten Person auf ihre Beobachtung verzichtet werden kann. Ein solches Interesse des Ueberlebenden an der Geheimhaltung seines letzten Willens, dass der Staat selbst gegen seinen Willen dieses zu wahren suchen müsste, besteht denn doch nicht. Ausserdem kann ja auch der Ueberlebende durch private Mitteilung seinen letzten Willen urbi et orbi verkünden.

Im Anschluss daran möchte ich die Frage aufwerfen, ob es nicht angängig ist, in einem bestimmten Fall auch dem gesetzlichen Vertreter des Ueberlebenden die Einsichtnahme zu gestatten. Ich denke an den Fall, dass der gesetzliche Vertreter sich davon überzeugen will, ob ein correspectives Testament vorliegt, und er im Interesse seines Mündels gut daran thut, die von dem Verstorbenen gemachte Zuwendung auszuschlagen, um dadurch jenem die Widerrufsfreiheit zu wahren (vgl. § 2271 Abs. 2 und die späteren Ausführungen).

Hier scheint das Interesse des Ueberlebenden zu erheischen, dass sein gesetzlicher Vertreter von seinem letzten Willen Kenntnis erhält.

---

[28]) Insofern ist die Bemerkung Planck's (Anm. 2a zu § 2273), der Ueberlebende werde durch jene Vorschrift überhaupt nicht getroffen, richtig.

[29]) Planck, Anm. 2a zu § 2273.

Die Einsichtnahme muss ferner dann gestattet werden (ev. nachdem die besonderen Verfügungen des Ueberlebenden verdeckt worden sind), wenn beim holographischen Testament die Echtheit der Schrift bestritten wird, insbesondere im Fall eines Prozesses. Eventuell muss zu diesem Zweck[30]) auch eine nochmalige Eröffnung des bereits wieder in amtliche Verwahrung genommenen Testaments stattfinden.

Dagegen muss eine Wiedereröffnung zum Zweck der Erteilung eines Erbscheines als ausgeschlossen gelten[31]). Es muss vielmehr bei Anfertigung der beglaubigten Abschrift auf den eventuellen Gebrauch derselben zum Zwecke der Ausstellung eines Erbscheines Rücksicht genommen werden; sie muss daher vollständig sein.

b) Bei Planck (Anm. 3b eod.) wird im Anschluss an eine Entscheidung des Obersten Landesgerichts für Bayern (Seuffert's Archiv B. 56 S. 53f.) behauptet, die nur für den Fall seines Ueberlebens getroffenen Verfügungen des Verstorbenen, die von denen des Ueberlebenden nicht gesondert werden könnten, seien bei des ersteren Tod überhaupt nicht zu verkünden, ja es sei sogar, wenn sie, wie in dem der obigen Entscheidung zu grunde liegenden Fall, offenbar in einer besonderen Urkunde enthalten seien, diese nicht einmal zu eröffnen. In der citierten Entscheidung wird dies damit begründet, dass das Interesse einer noch lebenden Person an der Geheimhaltung ihres Testaments das an der Eröffnung unwirksam gewordener Verfügungen überwiege.[32])

Wenn ein solches Verfahren nach § 2263 überhaupt zulässig ist, so erscheint es doch jedenfalls als sehr bedenklich. Einmal ist es nie ausgeschlossen, dass trotz einer eventuellen Aufschrift und der Versicherung des Ueberlebenden sich doch noch wirksame Verfügungen des Verstorbenen in der erst nach dem Tod des Ueberlebenden zu eröffnenden Urkunde befinden. Sodann ist die Kenntnis auch der unwirksam gewor-

[30]) Nicht blos, wenn bereits ein Prozess anhängig ist, sondern auch vorher kann auf Grund des § 2264 eine Einsichtnahme des bereits wieder verschlossenen Testaments verlangt werden. (a. A. Planck, Anm. 2c eod.) Nur muss ein berechtigtes Interesse, gerade die Urschrift einzusehen, vorliegen.

[31]) A. A. Planck a. a. O.

[32]) In dem dem Obersten Landesgericht für Bayern vorliegenden Fall hatten die Gatten ausserdem auch durch entsprechende Aufschriften die Eröffnung nach dem Tod des Erstversterbenden bez. des Ueberlebenden angeordnet.

denen Verfügungen des Verstorbenen oft wesentlich für eine seinem Willen entsprechende Interpretation. So wird z. B. der in § 2269 von dem einen Gatten als Ersatzerbe für den Fall seines Ueberlebens eingesetzte Dritte[33]) meist auch als Ersatzerbe für den Fall anzusehen sein, dass jener Gatte zuerst verstirbt und der andere seine Erbschaft ausschlägt. Und endlich werden sich vielfach erst nach Kenntnis der unwirksamen Verfügungen eine Reihe von Fragen ergeben, die für die Beerbung des Verstorbenen von der grössten Wichtigkeit sind, z. B. ob das Testament nichtig sei, weil jener vorübergehend geisteskrank gewesen oder die Form des § 2271 Z. 2 nicht gewahrt habe, ob eine Anfechtung wegen Irrtums möglich sei u. s. w.

Ich halte darum die oben citierte Entscheidung für verfehlt, glaube aber, dass sie in der Praxis, die sich um entferntere Möglichkeiten wenig zu kümmern pflegt, viel Anklang finden wird.

Gegenüber einem naheliegenden Einwand der Gegner bleibt noch zu bemerken, dass der Gatte, der auf die Geheimhaltung seines letzten Willens im Fall seines Ueberlebens Wert legt, dies erreichen kann dadurch, dass er seine Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament von denen des andern trennt. Hat er dies nicht gethan, dann kann er sich auch nicht beklagen, wenn sie mitverkündet werden.

c) Ist ein gemeinschaftliches Testament nach dem Tod des Erstversterbenden auch dann in die besondere gerichtliche Verwahrung zu bringen, wenn es vorher nicht darin war, oder bleibt es bei den Nachlassakten des Erstversterbenden, oder ist es gar dem Ueberlebenden wieder zurückzugeben?[34]) Diese 3 Meinungen werden in der That für das B. G. B. vertreten. Meiner Ansicht nach hat Planck (Anm. 2c a. a. O.) durchaus Recht, wenn er ausführt, eine Rückgabe des gemeinschaftlichen Testaments sei jedenfalls deshalb unzulässig, weil es doch die Originalurkunde des letzten Willens des Verstorbenen darstelle und als solche bei dessen Nachlassakten zu behalten sei; dagegen müsse dem Interesse des Ueberlebenden an der Geheimhaltung seines letzten Willens insoweit Rechnung getragen werden, als man seinem Verlangen auf besondere amtliche Verwahrung nachkommen müsse. Eine Rückgabe ist natürlich ausgeschlossen.

---

[33]) Ich nenne ihn „Letzterben"; vergl. zu diesem ganzen Beispiel den letzten Paragraphen dieser Abhandlung.

[34]) Es kommt hier nur das holographische gemeinschaftliche Testament in Betracht, das ja nur auf Antrag vom Gericht in Verwahrung genommen wird.

Enthält das gemeinschaftliche Testament anscheinend nur Verfügungen des Ueberlebenden, die durch den Tod des Erstversterbenden unwirksam geworden sind (etwa dessen Einsetzung als Alleinerbe), so scheint allerdings eine Wiederverschliessung ohne rechten Zweck[35]). Freilich wird das Gericht gut daran thun, zuerst sich des Einverständnisses des Ueberlebenden zu versichern, dass auch wirklich nur unwirksame Verfügungen vorhanden sind. — In diesem Fall, wie in dem sub c, insofern dort das Testament bei den Nachlassakten des Erstversterbenden bleibt, muss das Gericht aber auch dafür Sorge tragen, dass das gemeinschaftliche Testament beim Tod des Ueberlebenden an das zuständige Gericht (Nachlassgericht) abgegeben wird.

Von dieser Verpflichtung ist es nicht etwa frei, weil die Verfügungen alle unwirksam sind; die gesetzliche Vorschrift des § 2259 kennt — und dies mit Recht — keine Ausnahme[36]).

d) Es ist die Ansicht vertreten worden, der letzte Satz des § 2273 beziehe sich nur auf den Fall, dass die Verfügungen des Verstorbenen von denen des Ueberlebenden getrennt werden könnten; seien sie untrennbar, so finde weder eine Wiederverschliessung noch ein Zurückbringen in amtliche Verwahrung noch auch eine Eröffnung nach dem Tod des Ueberlebenden statt, da die Beteiligten ja bereits durch die Eröffnung nach dem Tode des Erstversterbenden Kenntnis von den Verfügungen des Ueberlebenden erhalten hätten, eine nochmalige Eröffnung also eine überflüssige Formalität wäre.

Diese Ansicht muss entschieden bekämpft werden.

Zunächst ist es doch sehr fraglich, ob die Beteiligten beim Tod des Ueberlebenden dieselben sind, wie diejenigen beim Tod des Erstversterbenden. Dies braucht z. B. nicht zuzutreffen in dem im Leben so überaus häufigen Fall des § 2269, wenn als „Letzterben" die „beiderseitigen Verwandten", also nach § 2269, 2069 diejenigen, welche im Zeitpunkt des Todes des Ueberlebenden den Gatten am nächsten stehen, eingesetzt sind. Können doch die nächsten Verwandten des Erstverstorbenen im Zeitpunkt seines Todes, welche ja zur Testaments-

[35]) Planck a. a. O. Anm. 3a.

[36]) O. L. G. Hamburg (bei Mugdan-Falkmann, „Entscheidungen der Oberlandesgerichte" 1901 No. 3); Deutsche Juristenzeitung 1901 Nr. 19 S. 231, Planck a. a. O., Anm. 5.

eröffnung zugezogen werden[37]), und diejenigen im Zeitpunkt des Todes des Ueberlebenden ganz verschiedene Personen sein. Ausserdem sind in diesem Falle ja auch einseitige Verwandte des Ueberlebenden als „Letzterben" bedacht, die selbstverständlich bei der Testamentseröffnung nach dem Tod des Erstversterbenden nicht zuzuziehen waren.

Sonach kann es jedenfalls und wird es auch ziemlich häufig Personen geben, welche, ohne davon Kenntnis zu haben, im Testament des Ueberlebenden bedacht sind.

In jedem Falle aber (abgesehen von § 2271 Abs. 2) können die Beteiligten beim Tod des Ueberlebenden doch höchstens wissen, dass er ein Testament, wie es ihnen nach dem Tod des Erstversterbenden verkündet wurde, errichtet hat, nicht aber auch, ob es nicht etwa widerrufen oder abgeändert worden ist.

Ausserdem sind an der Eröffnung des Testaments auch die gesetzlichen Erben des Ueberlebenden interessiert (vergl. § 2260). Diese werden aber nur zufällig bei der Eröffnung des Testaments nach dem Tode des Erstversterbenden zugegen sein; möglicherweise werden sie sogar erst lange nach diesem Zeitpunkt erzeugt. Wer beim Tod des Ueberlebenden dessen gesetzlicher Erbe sein und daher als Beteiligter nach § 2260 in Frage kommen wird, ist bei dem Tode des Erstversterbenden nicht vorherzusehen.

Aus allen diesen Gründen ist der Satz 3 des § 2273 auch dann anzuwenden, wenn die Verfügungen der beiden Gatten nicht gesondert werden können. Das gemeinschaftliche Testament enthält in diesem Fall die keineswegs unwirksam gewordenen Verfügungen eines noch Lebenden und muss in die besondere amtliche Verwahrung gebracht werden[38]).

Die Anhänger der oben bekämpften Ansicht müssten doch jedenfalls dem Gericht, welches die Nachlassakten verwahrt, die Pflicht auferlegen, dafür Sorge zu tragen, dass der

---

[37]) Sind als „Beteiligte" im Sinn des § 2260 auch solche Personen anzusehen, die unter einer notorisch unwirksam gewordenen Bedingung bedacht sind? Wenn nein, dann ist es auch möglich, dass der Ueberlebende als Ehegatte der alleinige gesetzliche Erbe des Erstverstorbenen ist und daher dessen Verwandte (z. B. eine Nichte) überhaupt keine offizielle Kenntnis vom gemeinschaftlichen Testament erhalten.

[38]) Man erwäge doch auch, dass der Ueberlebende ein lebhaftes Interesse daran hat, das Testament in „besonderer amtlicher Verwahrung" zu sehen. Diese gewährt natürlich einen viel sicheren Schutz gegen die

Ueberlebende wirklich nach dem gemeinschaftlichen Testament (sofern dieses nicht etwa gültig widerrufen ist) auch beerbt wird.

Dabei entsteht aber die praktische Schwierigkeit, wie das Gericht dies bewerkstelligen soll. Soll es etwa für solche Fälle ein besonderes Register anlegen und bei jeder vom Ortsgericht einlaufenden Sterbfallsanzeige nicht nur das die in besonderer amtlichen Verwahrung befindlichen Testamente enthaltende Hinterlegungsregister[39]), sondern auch jenes andere Verzeichnis durchsehen?

Gefahr der Vernichtung der Urkunde, sei es durch Feuer, sei es durch Menschenhand.

Was soll übrigens geschehen, wenn, wie z. B. im Grossherzogtum Hessen, die Nachlassakten nach 30 Jahren vernichtet werden und der andere Gatte noch lebt? Wird nunmehr wenigstens das Testament in besondere amtliche Verwahrung gebracht, oder unter welcher anderen Bezeichnung soll es aufbewahrt werden?

[39]) Es ist hier das im Grossherzogtum Hessen geltende Verfahren zu Grunde gelegt.

Typische Fälle des gemeinschaftlichen Testaments.

A. Das correspective Testament.

§ 4.

Das Wesen der Correspectivität und die unmittelbar daraus abzuleitenden Wirkungen.

Correspective Testamente sind solche gemeinschaftliche Testamente, bei denen die Verfügungen beider Gatten mit Rücksicht auf einander getroffen sind und daher auch in einem eigenartigen Bedingungsverhältnis zu einander stehen[1] [2].

Der Ausdruck „correspectiv" wird bei Harpprecht „dissertatio de testamentis correspectivis" (1702) daraus erklärt: „quod alter actus alterius respectu celebratus sit". Ein entsprechender deutscher Ausdruck hat sich bisher in der Litteratur noch nicht eingebürgert; passend wäre z. B. „Zusammen-

[1] Ich halte es für besser die (nach meinem Dafürhalten) richtige, jedoch sehr bestrittene Construction der Correspectivität in die Definition aufzunehmen, als, wie Planck (Anm. 1 zu § 2270) es thut, mit dem vagen Begriff einer „gegenseitigen Abhängigkeit" zu operieren.

Ganz unbrauchbar ist meines Erachtens der von Endemann (III § 45 zu Anm. 7) verwendete Ausdruck „Gesammtverfügung". Wieso dieser an das „vertragsartige Element im correspectiven Testament" anklingen soll, ist unklar. Auch dem äusseren Anschein nach enthält ja das correspective Testament, wie Beispiele aus der Praxis zeigen, nicht immer gemeinsame Verfügungen der Gatten. Dass endlich mit diesem Ausdruck das Wesen der Sache nicht bezeichnet wird, ist unzweifelhaft. Schon eher zu verwenden wäre der Ausdruck „Gesamtverfügung" in dem besonderen Falle des § 2269, doch würde er auch hier nur den äusseren Schein und nicht das Wesen der Sache treffen.

[2] Aus dem Begriff der Correspectivität können meines Erachtens nicht abgeleitet werden die Bestimmungen des § 2271.

Abs. 1 ist eine rein positive, auf Zweckmässigkeitserwägungen beruhende Vorschrift. Die nach dem Tod des ersten Gatten eintretende Unwiderruflichkeit findet sich zwar häufig im correspectiven Testament mit angeordnet (stillschweigend oder ausdrücklich), aber sie ist nicht begrifflich notwendig und tritt auch durchaus nicht bei allen correspectiven Verfügungen ein. Woraus sie sich erklärt und wie sie juristisch zu construiren, werde ich in § 7 dieser Abhandlung darlegen.

hangstestamente", wodurch jedoch die falsche Auffassung nahe gelegt wird, das correspective Testament setze notwendig wechselseitiges Bedenken der Gatten voraus. Denkt man jedoch bei diesem Ausdruck daran, dass nicht gegenseitige Zuwendungen, sondern die beiderseitigen Verfügungen ausgetauscht werden, so ist er nicht weiter zu beanstanden[3]).

Richtiger wäre es übrigens (statt von correspectiven Testamenten) von correspectiven Verfügungen zu reden, da nicht notwendig **alle** in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen beider Gatten in jenem Bedingungsverhältnis stehen müssen, sondern es genügt, wenn dies nur bezüglich einzelner der Fall ist. Da jedoch das B. G. B. selber jede Erbeinsetzung und jede Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage als „Testament" bezeichnet (§§ 1937, 1939, 1940, 2270 Abs. 3) so kann der einmal übliche Sprachgebrauch beibehalten werden, nur muss man sich vor dem Missverständnis hüten, als seien stets alle in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen (das Testament in diesem Sinn) correspectiv.

Ich habe wiederholt das correspective Testament als Unterart des gemeinschaftlichen bezeichnet. Damit steht in Widerspruch, dass viele Schriftsteller (z. B. Planck B. 5 z. § 2270) auch correspective Verfügungen in Einzeltestamenten anerkennen[4]).

Begrifflich möglich ist dies allerdings, allein aus der Praxis ist, soviel ich sehen kann, noch nie ein derartiger Fall bekannt geworden, sodass es äusserst fraglich erscheint, ob er je vorgekommen ist. Für das Wesen der Correspectivität ist es ja geradezu charakteristisch, dass sie fast nie scharf juristisch präzisiert ist, sondern stets aus den Umständen – neben dem Inhalt der Verfügungen, insbesondere aus deren formaler Vereinigung, — gefolgert werden muss.

Im praktischen Leben ist also das correspective Testament stets auch ein gemeinschaftliches. Es dürfte daher meines Erachtens gerechtfertigt sein, von jenen getrennten correspectiven Verfügungen, die doch nur in den Köpfen juristischer Theoretiker existieren, ganz abzusehen und sich nur an das correspective Testament zu halten, welches im praktischen Leben allein vorkommt.

---

[3]) Nur wäre es falsch, aus diesem Namen auf eine Analogie mit dem gegenseitigen Vertrag zu schliessen und dies bei der juristischen Construction zu verwerten.

[4]) In diesem Fall könnten die Erblasser auch andere Personen als Ehegatten und mehr als zwei Personen sein.

In der Litteratur findet man vielfach die Frage erörtert, wann ein correspectives Testament und wann ein Erbvertrag anzunehmen sei, da diese Unterscheidung praktisch oft Schwierigkeiten mache[5]). Es bleibt indessen doch zu bedenken, dass der Erbvertrag vor Gericht oder Notar abgeschlossen werden muss und daher hoffentlich nur selten die Frage ernstlich in Erwägung gezogen zu werden braucht, da sonst der betreffende Richter oder Notar einen nicht zu entschuldigenden Fehler begangen haben müsste. Ist dagegen die Form des § 2276 überhaupt nicht gewahrt, dann ist es gänzlich ausgeschlossen, einen Erbvertrag anzunehmen. Hat in einem Falle der Richter resp. Notar unterlassen festzustellen, ob die Verfügungen unwiderruflich sein sollen oder nicht, so greifen die gewöhnlichen Interpretationsregeln ein. Im Zweifel wird man sich gegen die strengere Bindung des Erbvertrags erklären[6]) und annehmen müssen, das Interesse des einen Gatten an den Verfügungen des andern sei lediglich soweit gegangen, dass er seine eigenen Verfügungen nur habe treffen wollen, wenn jene weder nichtig noch infolge eines Widerrufs unwirksam seien[7]).

Sehr bestritten war im bisherigen Recht[8]) die Frage der Construction der Correspectivität.

---

[5]) Bisweilen findet sie sich auch so formuliert, wann eine Verfügung von Todeswegen, bei deren Errichtung 2 Personen beteiligt seien, als ein gemeinschaftliches Testament und wann als Erbvertrag anzusehen sei (Planck, Vorbem. 4 zum 8. Titel). Ich halte diese Frage für noch müssiger, als die andere. Die Unterscheidung ob Erbvertrag oder gemeinschaftliches, nicht correspectives Testament, dürfte im praktischen Leben überhaupt nicht schwierig werden. Die Beantwortung ergibt sich klar und einfach aus den allgemeinen Grundsätzen. Woraus soll auch bei einem gemeinschaftlichen Testament, das nicht einmal correspective Verfügungen enthält, ein Interesse des einen Gatten an der Unwiderruflichkeit der Verfügungen des andern gefolgert werden?

[6]) Schiffner „Erbvertrag" S. 60 f.

[7]) Dass übrigens der Unterschied zwischen Erbvertrag und correspectivem Testament praktisch in manchen Fällen wenig bedeutsam ist, wird sich aus dem § 7 dieser Abhandlung ergeben.

[8]) Ich will an dieser Stelle noch bemerken, dass das bisherige Recht mit seinen zahllosen Streitfragen auch lange nach dem 1. Januar 1900 von Bedeutung sein wird. Der Art. 214 d. E. G. zum B. G. B. bestimmt nämlich, dass die Bindung eines Erblassers bei einem gemeinschaftlichen Testament, das vor dem 1. Januar 1900 errichtet ist, nach dem bisherigen Recht beurteilt wird, selbst wenn beide Gatten erst lange nach diesem Zeitpunkt sterben.

Die herrschende und meines Erachtens richtige Meinung war die, dass die Verfügungen beider Gatten in einem gegenseitigen Bedingungsverhältnis stünden.

Als Vertreter dieser Auffassung nenne ich z. B. Köppen a. a. O. S. 556 und O. Fischer, Arch. f. bürgerl. Recht B. 6 S. 67.

Nach anderen (so vor allen Windscheid, Pandekten III S. 113) gelangt hier nicht die juristische Categorie der Bedingung, sondern die der Voraussetzung zur Anwendung. Daraus wird dann gefolgert, dass bei dem Wegfall der Verfügungen des einen die des andern nicht direkt unwirksam werden, wie dies der ersterwähnten Construction entspricht, sondern dass es dazu erst eines Willensaktes des Erblassers oder seiner Erben bedürfe[9]).

Nur eine unklarere Fassung der Windscheid'schen Auffassung (freilich ohne dass deren praktische Consequenzen gezogen würden) liegt meines Erachtens vor, wenn man in der II. Commission von einem „Zusammenhang des Motivs" gesprochen hat. Die II. Commission[10]) allerdings war merkwürdigerweise der Ansicht, es sei dies der „wissenschaftlich prägnanteste" Ausdruck.

Brinz (Pandekten III S. 67) hinwiederum lehrte, die gegenseitige Erbeinsetzung sei zwar kein bindender Vertrag, beruhe aber doch auf Uebereinkunft, und es müsse daher ihr einseitiger Widerruf gleich dem der Societät als Bruch der Gemeinschaft in allen ihren Folgen betrachtet werden.

Endlich hat man auch noch von einer synallagmatischen Bindung der beiden Verfügungen gesprochen und eine Analogie zu den gegenseitigen Verträgen behauptet; vgl. für das B. G. B. Prot. V S. 450 und Endemann a. a. O III S. 192 Anm. 10.

Unrichtig ist es, wenn Löwenwald a. a. O. S. 550 in dem Bestreben, diese Constructionsversuche zu vereinigen, ausführt, Bedingung und Voraussetzung liessen sich nur auf die Willensübereinstimmung der Testatoren stützen, dass die mehreren in einem gemeinschaftlichen Testament niedergelegten letztwilligen Dispositionen in gegenseitiger Abhängigkeit stehen sollten; deshalb sei die letzte Grundlage aller correspectiven Testamente eben der Consens. Mag auch thatsächlich jeder Gatte seine Verfügung erst nach Besprechung mit dem andern treffen, so bleibt doch jedenfalls deren juristische Grundlage

---

[9]) Daraus ergibt sich auch, dass wenigstens im bisherigen Recht die juristische Construction für eine Reihe wichtiger praktischer Fragen von grosser Bedeutung war.

[10]) Prot. V. S. 450.

seine eigene einseitige letztwillige Anordnung und nicht etwa die Willensübereinstimmung mit dem andern Gatten.

Darin hat Löwenwald allerdings Recht, dass diese Constructionsversuche in enger Verbindung miteinander stehen. Insbesondere handelt es sich um zwei Grundansichten: ist die Giltigkeit der Verfügung des einen blos bestimmendes Motiv für den andern zur Errichtung seiner Verfügungen, oder ist deren Giltigkeit dem Willen des andern Gatten gemäss geradezu als Bestandteil seiner eigenen Verfügung, als conditio sine qua non derselben anzusehen?

Der Zusammenhang dieser beiden Grundansichten liegt auf der Hand.

Vom prinzipiellen Standpunkt aus ist die Auffassung, welche mit der Nichtigkeit oder dem Widerruf der Verfügungen des einen Gatten auch die des andern ohne weiteres unwirksam werden lässt, entschieden die richtigere.

Allerdings gehen ja die beiden Gatten bei der Errichtung des correspectiven Testaments regelmässig nur von der Voraussetzung aus, dass die Verfügungen des andern teils giltig bleiben, ohne an den Fall der Nichtigkeit oder des Widerrufs zu denken. Würden sie indessen daran gedacht haben, so hätten sie sicherlich diese Voraussetzung zum wesentlichen Element des Rechtsgeschäfts, zur Bedingung erhoben. Dem Gesetzgeber fällt somit die Aufgabe zu, diesen aus den Umständen zu folgernden Willen der Erblasser zur Verwirklichung zu bringen.

Das B. G. B. (§ 2270) hat sich zu Gunsten der ersterwähnten Construction[11]) entschieden; die Folge der Unwirksamkeit gewisser Verfügungen bei Nichtigkeit oder Widerruf anderer kann nicht anders erklärt werden, als dass die Wirkung jener Verfügungen von der Giltigkeit dieser abhängig ist, jene also als durch diese bedingt anzusehen sind[12]).

In § 2270 Abs. 1. wird demnach eine bestimmende Voraussetzung des Erblassers zur Bedingung erhoben[13]), indem

[11]) Planck (Anm. 2 zu § 2270) hält die Constructionsfrage für müssig, da das Wesen und die Wirkung der Correspectivität im Gesetz einen klaren Ausdruck gefunden hätten. Die als Grund angegebenen Thatsachen sind sicherlich richtig, aber wenn Wesen und Wirkungen eines Rechtsinstituts klar sind, dann ist es doch sicherlich auch seine juristische Construction, sofern nicht etwa ein juristisches Monstrum vorliegt!

[12]) Strohal a. a. O. S. 182 Anm. 8.

[13]) Dies hat das B. G. B. übrigens auch an anderer Stelle gethan, z. B. in § 1949 Abs. 1.

die Sachlage so angesehen wird, als habe der Erblasser seiner Verfügung jene Bedingung hinzugefügt.

Nunmehr ergiebt sich die weitere Frage, ob wir es hier mit einer Suspensiv- oder mit einer Resolutivbedingung zu thun haben. Der Wortlaut („ . . . hat die Unwirksamkeit . . . zur Folge . . .") scheint für letzteres zu sprechen. Erwägt man indessen, dass eine letztwillige Verfügung ihrem Wesen nach bis zum Tode betagt ist, von Wirksamkeit oder Unwirksamkeit daher auch erst in diesem Moment die Rede sein kann, so muss man sich zu Gunsten der Suspensivbedingung entscheiden. Es ist also die letztwillige Verfügung des einen Gatten unter der Suspensivbedingung getroffen, dass im Zeitpunkt seines Todes diejenige des andern weder nichtig noch widerrufen ist. Daraus ergiebt sich eine nicht unwichtige Folgerung für den Einfluss eines Widerrufs des Widerrufs, die jedoch erst später näher erörtert werden kann.

Erwähnenswert ist auch, dass es sich, soweit die Nichtigkeit der andern Verfügung in Frage kommt, um eine sog. „conditio in præsens relata" (gemeinsamer Testierakt) handelt, die nach Ansicht vieler Juristen gar keine „echte" Bedingung ist[14]).

II. Ich gehe nunmehr zu einer eingehenden Untersuchung des § 2270 Abs. 1 über.

1. Bezieht sich § 2270 Abs. 1 auch auf den Fall einer „einseitigen" Correspectivität?[15]) Diese liegt vor, wenn nur der eine der Gatten seine Verfügungen mit Rücksicht auf die des andern getroffen hat. Die Frage dürfte zu verneinen sein. Der Wortlaut des § 2270 Abs. 1 ergiebt, dass eine zweiseitige Correspectivität (Correspectivität im gewöhnlichen Sinne dieses Wortes) vorausgesetzt wird (verba: „Haben die Ehegatten Verfügungen getroffen, **von denen** anzunehmen ist, dass die **Verfügung des einen** nicht ohne **die Verfügung des andern** getroffen sein würde"). Dass hier das, was von dem einen resp. dem andern Gatten gesagt wird, jedesmal auf beide zu beziehen ist, sollte nicht bezweifelt werden[16]). Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich zur Evidenz daraus, dass die Worte „der

[14]) In Wahrheit besteht jedoch das Wesen der Bedingung nicht darin, dass die Wirkung eines Rechtsgeschäfts abhängig gemacht ist von einem zukünftigen ungewissen Ereignis, vielmehr muss nur bezüglich irgend eines Ereignisses, das der Vergangenheit, Gegenwart, oder Zukunft angehören kann, Ungewissheit herrschen und diese erst künftig behebbar sein.

[15]) Bejahend Cosack, a. a. O. S. 643; Planck, Anm. 2 zu § 2270.

[16]) Vgl. auch § 2270 Abs. 2, wo nur für die „beiderseitige" Correspectivität Vermutungen aufgestellt werden.

eine" resp. „der andere" im Hauptsatze nicht denselben Gatten bezeichnen wie in dem Nebensatz.

Die ganze Frage ist übrigens nicht sehr wichtig[17]), da der Fall einer „einseitigen" Correspectivität im gemeinschaftlichen Testament praktisch überaus selten ist; eine Vermutung oder Auslegungsregel dafür, wann er vorliegt, fehlt.

2. Unter den in Abs. 1 des § 2270 genannten „Verfügungen" sind, wie Abs. 3 ergiebt, nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen zu verstehen. Hält man fest, wie dies jetzt auch von Strohal (a. a. O. S. 182 Anm. 8 No. 2) geschehen ist[18]), dass das Wesen des Abs. 1 des § 2270 eben darin besteht, dass er eine bestimmende Voraussetzung zur Bedingung erhebt, so ergibt sich die Antwort auf die Frage, welchen Einfluss jene bestimmenden Voraussetzungen bei anderen Verfügungen[19]) haben, von selbst. Der Gatte muss, wenn er seinen Irrtum in der Voraussetzung entdeckt, nach § 2078 ff. anfechten, sonst bleibt seine Verfügung giltig. Hätte Löwenwald den Sinn des Abs. 1 des § 2270 richtig verstanden, so hätte er sicherlich auch dem Abs. 3 eod. „einiges Verständnis" abgewonnen und seine unmögliche Schlussfolgerung unterlassen (a. a. O. S. 34, 35).

3. Die Verfügung des einen Gatten ist nicht schlechtweg bedingt durch das Wirksamwerden der Verfügung des andern, sondern nur davon abhängig, dass diese weder nichtig ist noch widerrufen wird. Die blosse Unwirksamkeit schadet also nichts. Dies wird wichtig in den Fällen, in denen der von dem einen Gatten Bedachte vor dessen Tod gestorben ist, einen Erbverzichtsvertrag abgeschlossen, die Zuwendung ausgeschlagen hat, oder seine Erbunwürdigkeit geltend gemacht

---

[17]) Eine analoge Anwendung der §§ 2270, 2271 ist ausgeschlossen, einerlei ob die einseitige Correspectivität in einem gemeinschaftlichen, oder in einem Sondertestament vorkommt.

Die Bestimmungen des § 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 1 und 2 S. 1 haben den Charakter von Ausnahmevorschriften, welche nicht analog angewendet werden dürfen.

Dieses Verbot ergibt sich auch aus dem sogleich zu besprechenden Abs. 3 des § 2270.

[18]) Anders noch dessen 1. Auflage. Vgl. auch die Kritik Küntzels in Gruchot's Beiträg. z. Erläut. d. deutschen Rechts, B. 41 S. 453.

[19]) In Betracht kommen namentlich: Enterbung, Pflichtteilsentziehung, Ernennung eines Testamentsvollstreckers, Anordnungen familienrechtlicher Natur, insbesondere auch eine solche nach § 1514 (trotz der Verwandtschaft mit der Erbeinsetzung!)

wird, endlich auch in dem Falle des § 2270 Abs. 1 selbst[20]). Wie bei Strohal a. a. O. S. 181 Anm. 7 richtig hervorgehoben wird, kann allerdings im concreten Fall die blosse Unwirksamkeit der einen Verfügung auch die Unwirksamkeit der andern zur Folge haben, allein es muss dann dies als der Wille der Erblasser unzweifelhaft, wenn auch nicht gerade mit Worten ausgesprochen sein.

Geht aus den Umständen lediglich hervor, dass der Gatte A seine Verfügung nur mit Rücksicht auf das Wirksamwerden der Verfügung des Gatten B getroffen hat und umgekehrt, liegt also eine blosse Voraussetzung vor, so hat die Unwirksamkeit der Verfügung des einen nur zur Folge, dass der andere die seinige gemäss § 2078 ff. anfechten kann.

4. Ist die Verfügung des einen Gatten nichtig oder widerrufen, so muss der andere, wenn er nunmehr trotzdem seine (correspective) Verfügung aufrecht erhalten will, ein neues Testament errichten.

Die Unterlassung des Widerrufs seiner Verfügung kann nicht so aufgefasst werden, als sehe er von der seinem Testament hinzugefügten Bedingung ab, einerlei ob er von der Ungiltigkeit der Verfügung des andern Kenntnis hat oder nicht. Es muss befremdlich erscheinen, dass dies ausdrücklich hervorgehoben wird, allein es ist dies doch um deswillen notwendig, weil für das bisherige gemeine Recht von angesehenen Schriftstellern das Gegenteil behauptet wurde[21]).

5. Eine Reihe von Fragen knüpfen sich an den Fall, dass der eine Gatte seine Verfügung widerruft.

a) Wie steht es zunächst mit einem blos „partiellen" Widerruf[22])? Hat dieser dieselbe Wirkung wie der sog. „totale",

---

[20]) Man denke sich diesen etwa so, dass die Gatten, sich wechselseitig und als Letzterben gemäss § 2269 „die beiderseitigen Verwandten" eingesetzt haben. Widerruft hier Gatte A die Letzterbeneinsetzung der Verwandten des B, so wird seine Einsetzung als Erbe B's und dessen Letzterbeneinsetzung der Verwandten A's (§ 2270 Abs. 2) unwirksam. Dagegen bleibt z. B. die Einsetzung des B als Erben des A wirksam, trotzdem die ihr correspective Letzterbeneinsetzung der Verwandten des A seitens des B (§ 2270 Abs. 2) unwirksam geworden ist.

[21]) So ausser von vielen älteren Juristen insbesondere von Mühlenbruch bei Glück XXXVIII S. 67 f., Windscheid a. a. O. III § 568, Stobbe V § 307.

[22]) Die gleiche Frage taucht übrigens auch im Fall einer blos „partiellen" Nichtigkeit auf, nur wird sie hier viel seltener praktisch. Ein Beispiel wäre etwa:

also die der Unwirksamkeit der Verfügung des andern Gatten?[23])

Die Frage muss bejaht werden. Ein Grund dafür, den „partiellen" Widerruf anders zu behandeln als den „totalen", besteht nicht; überdies spricht das Gesetz selbst schlechtweg nur von „Widerruf", worunter offenbar auch der „partielle" fällt[24]). Dagegen geht die Ansicht Plancks (Anm. 3c zu § 2270) dahin, die Entscheidung der Frage sei lediglich aus dem Willen des Testators zu entnehmen; Planck giebt jedoch selbst zu, dass dies oft seine praktischen Schwierigkeiten habe. Daraus entnehme ich eine Modifikation der oben aufgestellten Regel von der Gleichstellung des partiellen mit dem totalen Widerruf. Ergeben nämlich im konkreten Fall die Umstände, dass nach dem Willen des einen Gatten, trotz des partiellen Widerrufs der Verfügung des andern seine Verfügung bestehen bleiben soll, so tritt die Folge der Unwirksamkeit nicht ein, da diese doch ihre letzte Grundlage eben im Willen des Testators hat. Es kommt jedoch dabei nur der Wille des Gatten im Augenblick der Testamentserrichtung in Betracht; wie er sich nachher zu der Frage gestellt hat, ist bedeutungslos. Selbstverständlich trifft die Beweislast den, der das Wirksambleiben der Verfügung des einen Gatten trotz partiellen Widerrufs der (correspectiven) Verfügung des andern — die Ausnahme von der Regel — behauptet[25]).

b) Löwenwald (a. a. O) geht weiter und stellt auch jede „sonstige Abänderung", d. h. doch wohl jede Anordnung einer beeinträchtigenden Verfügung[26]), dem totalen Widerruf gleich.

Der erstversterbende Gatte testiert folgendermassen im correspectiven Testament:

„Da mein einziger Bruder gestorben ist, setze ich meinen Gatten zum Alleinerben ein."

Wenn hier der totgeglaubte Bruder noch lebt und nach § 2078 anficht, dann ist die Verfügung des Verstorbenen zur Hälfte nichtig (v. „soweit" in § 2078).

[23]) Zu dieser schon nach gemeinem Recht zweifelhaften Frage vgl. G. Hartmann, „Z. Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten" S. 140 f.; Göz im Archiv f. civil. Praxis B. 45 S. 174 f.

[24]) Zu dem gleichem Resultat kommt Löwenwald a. a. O. S. 56 (ohne Angabe von Gründen).

[25]) Der partielle Widerruf muss auch in der Form des § 2270 Abs. 1, von der noch später die Rede sein wird, erfolgen.

[26]) z. B. Anordnung eines Vermächtnisses nach der Erbeinsetzung. Bisweilen lässt man auch dies unter den Begriff des „partiellen Widerrufs" fallen.

Es widerspricht dies jedoch durchaus dem Sprachgebrauch des B. G. B. (vgl. § 2253 ff). Auch sachliche Gründe dürften gegen die Ansicht Löwenwald's sprechen. Nach ihr macht jede einseitige Abänderung, auch wenn sie, wie dies oft vorkommt, noch so geringfügig ist und keineswegs in der Absicht, den andern Gatten zu benachteiligen, geschah[27]), dessen correspective Verfügung unwirksam. Es ist daher die Anordnung einer beeinträchtigenden Verfügung dem Widerruf nicht gleichzustellen, sie hat weder dessen Wirkung noch bedarf sie dessen Form[28]) [29]).

c) Welche Wirkung hat sodann der Widerruf des Widerrufs?

Nach Planck (Anm. 36 zu § 2270) ist ein solcher überhaupt nicht möglich; einmal sei wegen der Form des § 2271 Abs. 1 der § 2257 (welcher voraussetzt, dass der Widerruf durch **Testament** erfolgt ist) nicht anwendbar, sodass es an einer Form für die Zurücknahme des Widerrufs fehle, und sodann sei diese auch nach allgemeinen Grundsätzen für unzulässig zu erachten.

Der letztere Grund trifft meines Erachtens nicht zu. Selbst wenn, was bestritten wird, der Rücktritt beim Erbvertrag unwiderruflich ist[30]), so ist das doch für das gemeinschaftliche Testament ohne Bedeutung, da dieses ja Testament bleibt und daher ein Widerruf des Widerrufs, wenn er nur in der gehörigen Form erfolgt, möglich ist. Nun ist allerdings richtig, dass § 2257 direkt nicht angewendet werden kann, weil die Form des § 2271 Abs. 1 nicht die eines Testaments ist. Allein es ist doch vielleicht eine entsprechende Anwendung des dem § 2257 zu grunde liegenden Gedankens, der Zurücknahme des Widerrufs durch einen „contrarius actus" zu erwägen, sodass in unserm Fall der Widerruf des Widerrufs in der Form des § 2271 Abs. 1 zu erfolgen hätte. Selbstverständlich müsste

[27]) Etwa Aussetzen eines Legats für Wohlthätigkeitszwecke.

[28]) Darüber, dass dieses Resultat auch im Fall des § 2271 Abs. 2 nicht bedenklich ist, vgl. die Erörterung in § 7 dieser Abhandlung.

[29]) Zu dieser ganzen Frage vgl. nach A. L. R. II Tit. 1 §§ 487, 488.

§ 487: „Blosse Aenderungen und Zusätze bei Vermächtnissen und andern dergleichen Verfügungen bewirken niemals die Vernichtung des gegenseitigen Testaments."

§ 488: „Sie sind aber ungiltig, insofern sie bloss einseitig gemacht worden und zum Nachteil des überlebenden Ehegatten abzielen."

[30]) Planck Anm. 4 zu § 2296. — Der § 2271 Abs. 1 gebraucht übrigens gar nicht den Ausdruck „Rücktritt", sondern spricht von „Widerruf" (vgl. dazu auch § 6 dieser Abhandlung).

dann aber eine Ausnahme gelten, wenn der andere Gatte im Vertrauen auf die Unwirksamkeit seiner Verfügungen sie ohne Beobachtung der Form des § 2271 Abs. 1 durch neue ersetzt hat; hier müssten die letzteren trotz der Zurücknahme des Widerrufs gültig sein, die ersten unwirksam bleiben. Zu folgern wäre diese Ausnahme aus dem dem § 2271 Abs. 1 zu grunde liegenden Prinzip der Loyalität gegenüber dem andern Gatten.

§ 5.

Die gesetzliche Interpretationsregel des § 2270 Abs. 2.

I. Es ist früher bereits betont worden, dass im gemeinschaftlichen Testament leider fast nie ganz unzweifelhaft ausgesprochen ist, inwieweit die correspectiven Verfügungen von einander abhängig sein sollen. Nicht minder oft jedoch erheben sich schon Schwierigkeiten bei der Entscheidung der Vorfrage, ob es sich überhaupt um correspective Verfügungen handle. Dass diese Entscheidung auch aus den Umständen, dem stillschweigend erklärten Willen der Gatten, entnommen werden kann, ist selbstverständlich.

Im bisherigen Recht hat man diese Schwierigkeiten auch sehr wohl erkannt und deshalb den Richter, der nicht auf allen Lebensgebieten so viel praktische Erfahrung besitzen kann, um aus den „Umständen" den Willen eines Andern entnehmen zu können, durch Aufstellung einer Auslegungsregel oder Vermutung zu unterstützen gesucht[1]).

Wann allerdings Correspectivität anzunehmen sei, darüber gingen die Ansichten sehr auseinander. Während der cod. Max. Bavar. civ.[2]) den Fall hervorhebt, dass die Ehegatten sich gegenseitig zu Erben einsetzen, bestimmte das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen[3]) ausdrücklich, in diesem Fall liege im Zweifel keine Correspectivität vor, wohl aber sei diese vorhanden, „wenn die mehreren Erblasser sich gegenseitig letztwillig bedacht und zu Gunsten ihrer Verwandten oder dritter Anordnungen, welche nach dem Tode des Zuletztversterbenden in Kraft treten sollen, getroffen oder über ihr gemeinschaftliches Vermögen als über eine Gesamtmasse verfügt oder gegenseitig in ihrem letzten Willen auf das Recht, denselben zu widerrufen, verzichtet haben". Die vom A. L. R. (II Tit. 1 § 493) aufgestellte Vermutung, die sich allerdings nur darauf bezog, wann der überlebende Gatte an

[1]) Ich bin vollständig der Ansicht Planck's (Anm. 4 zu § 2270), dass sich bei der Willenserklärung die Begriffe Auslegungsregel und Vermutung decken. Die erstere ist sonach nur ein spezieller Fall der letzteren.

[2]) § 11 Cap. 4 Teil 3.

[3]) §§ 2199—2201.

seine eigenen Verfügungen gebunden sei, hielt sich an den Fall, dass Verfügungen „zu Gunsten der gemeinschaftlichen Kinder oder der Verwandten oder besonderen Freunde getroffen“ waren. Im gemeinen Recht bestand wie über fast alle Punkte so auch über diesen Streit. Es war hauptsächlich die Praxis, welche auf einer Präsumtion der Correspectivität in gewissen Fällen beharrte.

II. Auch das B. G. B. (§ 2270 Abs. 2) hat eine solche[4]) in zwei Fällen aufgestellt. Die einschlägige Bestimmung lautet:

„Ein solches Verhältnis der Verfügungen zu einander[5]) ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken, oder wenn dem einen Gatten von dem andern eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem andern Gatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.“

1. Was den ersten Fall anlangt, so haben wir es nicht nur mit der gegenseitigen Einsetzung als Erbe, sondern auch mit der gegenseitigen Zuwendung von Vermächtnissen zu thun. In Betracht können jedoch in der Regel nur grössere Legate kommen, bei kleineren wird meist die gegenseitige Abhängigkeit nicht gewollt sein.

Die Auslegungsregel trifft ferner nicht zu, wenn die Gatten sich gegenseitig mit dem Pflichtteil oder einer als Ersatz für diesen bestimmten Zuwendung, etwa der Erbeinsetzung auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, bedenken.

Dagegen besteht eine Vermutung für die Correspectivität auch dann, wenn der zugewandte Erbteil durch eine nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments eingetretene Erhöhung des Pflichtteils diesem nunmehr gleichkommt.

Die eben charakterisierte Bestimmung des § 2270 Abs. 2 wird von Löwenwald (a. a. O. S. 24 f.), wohl im Anschluss an eine Bemerkung Hartmanns (a. a. O. S. 136) heftig getadelt, weil sie dem Willen der Gatten nicht entspreche; mit Rücksicht auf ihr nahes ethisches Verhältnis sollte man doch bei ihnen eine Gesinnung nicht vermuten, welche sich, bei Licht betrachtet, mit den Worten charakterisieren lasse: „Entziehst du mir die Aussicht auf deinen Nachlass, so sollst du auch keine Aussicht auf den meinigen haben.“

---

[4]) Vgl. Anm. 1. Es ist daher auch Löwenwald's triumphierende Bemerkung (a. a. O. S. 3 ff.), auch das B. G. B. kenne keine Vermutung, wenig angebracht.

[5]) sc. die Correspectivität.

Es ist hier aber völlig übersehen, dass gegenseitige Abhängigkeit oft gerade ein Ausfluss jenes nahen ethischen Verhältnisses der Ehegatten ist. Widerruft einer derselben die Zuwendung an den andern, so ist dies regelmässig ein Zeichen dafür, dass dieses Verhältnis getrübt ist und es deshalb durchaus dem Willen des andern Gatten entspricht, seine Verfügung unwirksam werden zu lassen.

2. Bezüglich der zweiten Vermutung der Correspectivität in § 2270 Abs. 2 wird von Planck (Anm. 4b eod.) richtig bemerkt, der Fall sei juristisch so aufzufassen, dass der eine Gatte dem andern eine Zuwendung mache und dieser für den Fall seines Ueberlebens Personen, welche jenem nahestünden, bedenke[6]). Wenn dagegen weiter hervorgehoben wird, der Sache nach sei die Verfügung für den Fall des Ueberlebens von beiden Ehegatten gemeinschaftlich, nämlich auf Grund einer dem formellen Testierakt voraufgegangenen Willenseinigung, getroffen worden, so dürfte dies kaum zutreffen. Sachlich rührt die Zuwendung an den Bedachten doch wohl nur von dem Gatten her, welcher jenem nahesteht, lediglich der Form — der juristischen Structur — nach kann der andere Ehegatte als sein Erblasser erscheinen[7]).

Im einzelnen bleibt noch folgendes zu bemerken:

Steht der für den Fall des Ueberlebens Bedachte den beiden Ehegatten nahe, so ist sorgsam zu prüfen, ob die Zuwendung an ihn gerade mit Rücksicht auf den andern Gatten getroffen ist und deshalb Correspectivität vorliegt.

Eigentümlich ist auch die Sachlage, wenn die Gatten sich gegenseitig als Erben und als „Letzterben" nach § 2269[8]) ihre gemeinschaftlichen Kinder eingesetzt haben. Hier sind nicht nur die Erbeinsetzungen unter sich, sondern auch jedesmal die Erbeinsetzung durch den einen Gatten mit der Letzterbeinsetzung durch den andern correspectiv, sodass insbesondere nach dem Tod des Erstversterbenden der Ueberlebende die Letzterbeinsetzung nicht widerrufen kann (§ 2271 Abs. 2). Diese Consequenz entspricht durchaus dem Willen der Ehegatten. Ausserdem steht sie im Einklang mit der Vorschrift

[6]) Falsch ist die Behauptung Frommhold's (Anm. 2b eod.), der Gegenstand dieser letzteren Verfügung sei in diesem Falle derselbe, der dem Ehegatten zugewendet sei. Der Sachverhalt kann sehr wohl auch der sein, dass Gatte A den Gatten B zum Erben einsetzt und dieser für den Fall des Ueberlebens ein Legat für Verwandte A's aussetzt, welches den grössten Teil des von diesem erhaltenen Vermögens ausmacht.

[7]) Vgl. auch noch den letzten Paragraphen dieser Abhandlung.

[8]) Näheres siehe im letzten Paragraphen dieser Abhandlung.

des Gesetzes und ist praktisch unentbehrlich, wenn den Interessen der Kinder wie denen des Erstversterbenden gebührend Rechnung getragen werden soll.

3. Abgesehen von den beiden im B. G. B. besonders hervorgehobenen Fällen wird Correspectivität im Zweifel auch insoweit anzunehmen sein, als jeder Gatte im gemeinschaftlichen Testament — ausser seinen eigenen Verwandten — noch die des andern Gatten bedenkt, ohne dass jedoch die Gatten sich untereinander Zuwendungen machten. Dieser Fall ist nicht, wie Planck (Anm. 4b eod.) meint, weniger wichtig: vielmehr wird sich bei Besprechung des § 2269 das Gegenteil herausstellen.

§ 6.

Die Form des Widerrufs zu Lebzeiten beider Gatten.

I. In der II. Commission war die Mehrheit der Ansicht, der Widerruf einer im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügung habe mit der Erklärung des vorbehaltenen Rücktritts beim Erbvertrag die grösste Verwandtschaft[1]), sodass sich die Anwendung der für diese vorgesehenen Form auch für jenen empfehle; ausserdem sei es loyaler, wenn die Aufhebung einer correspectiven Verfügung mit Wissen des andern Gatten erfolge. So wurde denn in das B. G. B. aufgenommen die Bestimmung des § 2271 Abs. 1:

„Der Widerruf einer Verfügung[2]), die mit einer Verfügung des andern Ehegatten in dem in § 2270 bezeichneten Verhältnisse steht, erfolgt bei Lebzeiten der Ehegatten nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschriften des § 2296. Durch eine neue Verfügung von Todeswegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des andern seine Verfügung nicht einseitig aufheben."

II. 1. Die Verweisung auf § 2296 ergibt, dass der Widerruf zu erfolgen hat gegenüber dem andern Ehegatten durch eine gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung[3]).

Der Widerruf kann nicht durch einen Vertreter erfolgen; der geschäftsbeschränkte Ehegatte bedarf nicht der Zustim-

---

[1]) Im folgenden Paragraphen wird dargelegt werden, dass auch zwischen dem Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt selbst und einem correspectiven Testament, bei dem nach dem Tode des erstversterbenden Gatten die Verfügungen des Ueberlebenden unwiderruflich werden, eine sehr nahe Verwandschaft besteht.

[2]) Es handelt sich jedoch nur um Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen (§ 2270 Abs. 3).

[3]) Da diese Erklärung kein „Testament" im technischen Sinn ist, gelten für die Beurkundungen, wie Planck (Anm. II 2a richtig bemerkt, nicht die Bestimmungen der §§ 2233 ff B. G. B. sondern die der §§ 168 ff, Fw. G. G.

mung seines gesetzlichen Vertreters[4]). Da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, so finden die für diese geltenden Vorschriften der §§ 130 ff. Anwendung. Daraus ergeben sich jedoch, wie Strohal (a. a. O.) und Hellwig (Verträge zu Gunsten Dritter mit Anhang: „Erbverträge zu Gunsten Dritter“[5]) nachgewiesen haben, die merkwürdigsten, von dem Gesetzgeber ganz sicher nicht beabsichtigten Consequenzen.

So ist nach § 131 Abs. 2 die Erklärung anscheinend dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsbeschränkten Gatten gegenüber abzugeben, obwohl nicht der gesetzliche Vertreter, sondern nur der geschäftsbeschränkte Gatte selber das Recht des Widerrufs seines Testaments hat, ja unter Umständen sogar positiv testierfähig ist! Es wäre zu wünschen, dass die Praxis sich über diese Vorschrift hinwegsetzte; begründen könnte sie dies vielleicht damit, dass die Umstände eine stillschweigende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Abgabe einer solchen Erklärung an den geschäftsbeschränkten Gatten ergäben.

Ist der andere Gatte geschäftsunfähig, so erfolgt die Erklärung stets gegenüber seinem gesetzlichen Vertreter (§ 131 Abs. 1), also z. B. auch dann, wenn jener unheilbar geisteskrank ist und somit nach menschlichem Ermessen die Errichtung eines neuen Testaments überhaupt ausgeschlossen ist. In den Fällen der Geschäftsunfähigkeit eines Gatten wird der andere Gatte häufig sein gesetzlicher Vertreter sein. Will dieser eine correspective Verfügung widerrufen, so kann er die dazu erforderliche Erklärung nicht gegenüber sich selber (als Vertreter) abgeben, sondern er muss gemäss §§ 1795, 181 das Vormundschaftsgericht um Bestellung eines Pflegers ad hoc bitten und diesem gegenüber die Erklärung abgeben. Richter, Gatte und der als Statist fungierende Pfleger werden von dieser juristischen Comödie nicht sehr erbaut sein.

Da ferner die Uebermittlung der Erklärung selbst nicht formalisiert ist, so wird der widerrufende Ehegatte gut thun, sich hierfür ein Beweismittel zu sichern. Die Möglichkeit

---

[4]) Aus dem in Anm. 3 angegebenen Grunde folgen diese Sätze nicht schon aus den §§ 2064, 2229, 2253, 2254, sondern erst aus § 2296.

[5]) Hellwig hat stets nur den § 2296 (Rücktritt vom Erbvertrag) im Auge. Indessen verweist ja § 2271 Abs. 1 auf diesen, sodass die Ausführungen Hellwigs ohne weiteres auch auf den Widerruf correspectiver Verfügungen zu Lebzeiten beider Gatten bezogen werden können.

hierzu gewährt ihm § 132 Abs. 1: Zustellung der Erklärung durch den Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften der C. P. O. Dieser Weg bietet für den böswilligen Gatten noch mehr des Angenehmen. Er ist nämlich hierdurch in die Lage versetzt, den Zweck dieser ganzen Vorschrift, die Kenntnisnahme des Widerrufs durch den andern Gatten zu sichern, auf eine sehr einfache Weise zu vereiteln. Er braucht blos zu einer Zeit zustellen zu lassen, wo dieser zufällig von Hause abwesend, z. B. verreist ist. An ihn selber darf ja dann — die analoge Anwendung des § 185 C. P. O. bedarf wohl keiner Rechtfertigung — die Zustellung nicht erfolgen, allein es ist dies auch zur Erreichung jenes Zwecks nicht nötig. Die Verwandten oder Dienstboten werden ihm, ohne irgendwie im Complott mit ihm zu stehen, anstandslos das den Widerruf enthaltende Schriftstück ausliefern, so dass er eine Kenntnisnahme durch den andern Gatten hintertreiben kann[6]).

Nicht mit Unrecht hat man es auch als ein „Unicum in der Rechtsgeschichte" bezeichnet[7]), dass ein Testament in den für die öffentliche Zustellung einer Ladung bestimmten Formen (Zeitungsinserate etc.!) widerrufen werden müsse, wie dies nach § 132 Abs. 2 der Fall ist.

Schwierigkeiten entstehen endlich, wenn es ungewiss ist, ob der andere Gatte noch lebt. Hier ist, wie Hellwig (a. a. O. S. 640 ff) treffend bemerkt, nicht die Person des Erklärungsempfängers, sondern die Form der Erklärung ungewiss, § 132 Abs. 2 daher nicht anwendbar. Es bleibt somit nichts anderes übrig, als sowohl die Form des Widerrufs zu Lebzeiten beider Gatten, wie die nach dem Tode eines derselben zu beobachten. Vorsichtshalber wird auf diese Weise auch dann vorgegangen werden müssen, wenn der andere Gatte bereits für tot erklärt ist.

2. Die bisherigen Auseinandersetzungen ergeben meines Erachtens auch die Berechtigung der von Strohal und Hellwig gegen den § 2271 Abs. 1 erhobenen Vorwürfe[8]). Seine Tendenz, dem andern Gatten Kenntnis von dem Widerruf zu geben, ist ja an sich durchaus zu billigen, allein durch die Vorschrift das § 2271 Abs. 1 ist die Verwirklichung derselben

[6]) Eigentümlicherweise zählt Planck (Anm. II 2a zu § 2271) die Ersatzzustellung zu den Ausnahmefällen, obwohl sie im Leben fast ebenso häufig ist, wie die Zustellung an die Partei selber.

[7]) Hellwig a. a. O. S. 643.

[8]) Einen schwachen Versuch, den § 2271 Abs. 1 zu verteidigen, macht Planck, Anm. II 2a eod.

in keiner Weise gewährleistet. Andrerseits führt jene Bestimmung vielfach zu einer unnötigen und drückenden Erschwerung des Widerrufs.

Weit besser wäre die von Hellwig zum Ersatz vorgeschlagene Form: Mitteilung des Widerrufs an Gericht oder Notar, die dann den andern Gatten davon in Kenntnis zu setzen hätten. Bei Geschäftsunfähigkeit und Verschollenheit desselben wäre natürlich die Gesundung resp. die Rückkehr abzuwarten[9]).

3. Der Satz 2 des § 2271 Abs. 1 fügt dann noch die Bestimmung hinzu, dass ein Ehegatte zu Lebzeiten des andern durch eine neue Verfügung von Todeswegen seine Verfügung nicht **einseitig** aufheben kann.

Der Zweck dieser Vorschrift ist offensichtlich der, das Missverständnis auszuschliessen, als sei etwa die in Satz 1 gewährte Form des Widerrufs die einzig mögliche, auch wenn die Gatten völlig einig seien.

Den erkennbaren Gegensatz zu der vorbotenen **einseitigen** Aufhebung bildet die gemeinschaftliche, von beiden Gatten ausgehende; was das B. G. B. unter dieser versteht, ergibt § 2290 und § 2292.

Demnach kann die Aufhebung auch geschehen durch einen Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament[10]) der Ehegatten. Eine analoge Ausdehnung des § 2291 wäre zwecklos, da die Aufhebung durch gemeinschaftliches Testament einfacher ist[11]). Nicht aber will der Satz 2 des § 2271 Abs. 1, wie Strohal[12]) und Andere[13]) behaupten, eine Aufhebung durch den einen Gatten in der gewöhnlichen Form mit formloser Zustimmung des andern zulassen; „nicht einseitig" ist

---

[9]) Steht man einmal auf dem Standpunkt, dass der Widerruf einer correspectiven Verfügung dem andern Gatten mitgeteilt werden soll und daher einer Formalisierung bedarf, so kann der Gegensatz dieser Form zu der des § 2231 Z. 2, in welcher ja auch ein correspectives Testament errichtet werden kann, nicht mehr sehr befremdlich erscheinen (a. A. Strohal a. a. O. S. 184 Anm. 12, Frommhold, Anm. 2b zu § 2271); man erwäge doch auch immer wieder, dass es sich um den einseitigen Widerruf handelt!

[10]) Vgl. auch Anm. 1 zu § 1 dieser Abhandlung.

[11]) § 2291 hat darum überhaupt nur dann Bedeutung, wenn die Parteien des Erbvertrags nicht Ehegatten sind; vgl. § 2292.

[12]) a. a. O. S. 185, 186.

[13]) Löwenwald a. a. O. S. 65, Wilke. Anm. 2 zu § 2271.

eben nicht „ohne Zustimmung des andern Teils“[14]). Wie gefährlich übrigens das Operieren mit formlosen Zustimmungen auf dem Gebiete der Verfügungen von Todeswegen ist, sieht Strohal (S. 187 Anm. 18) auch selbst ein.

Strohal[15]) wirft die Frage auf, ob es nicht möglich sei, im correspectiven Testament selbst einseitigen Widerruf zu gestatten. Auf Grund seines soeben dargelegten Standpunkts kommt er zur Bejahung dieser Frage, indem er schon bei Errichtung des Testaments eine Zustimmung zur spätern Aufhebung annimmt[16]). Auch ich möchte sie bejahen, obwohl ich eine formlose Zustimmung gemäss § 2271 Abs. 1 nicht für genügend erachte. Es liegt doch wohl kein Grund vor, diese Formvorschrift, welche lediglich den Schutz der Interessen des andern Gatten bezweckt, für derart zwingend zu halten, dass sie selbst mit Zustimmung der geschützten Person nicht abgeändert werden dürfte. So gut es möglich ist, ein correspectives Testament durch ein gemeinschaftliches aufzuheben, so gut muss es auch möglich sein, durch ein gemeinschaftliches Testament den Widerruf zu erleichtern. Diese Erleichterung kann aber auch ohne Zweifel schon gleich bei der Errichtung des correspectiven Testaments statuiert werden.

III. Die Wirkung der Nichtbeachtung des § 2271 Abs. 1 ist die Nichtigkeit des Widerrufs. Aber diese Nichtigkeit ist, wie aus der Tendenz dieser Vorschrift zu entnehmen ist, keine absolute, sondern sie tritt nur ein zu Gunsten des correspectiven Testaments, also nicht, wenn die correspectiven Verfügungen nichtig, widerrufen oder unwirksam sind. So ist z. B. ein einfaches Widerrufstestament mit neuen Verfügungen auch dann giltig, wenn erst nach seiner Errichtung der betreffende Gatte in der Form des § 2271 Abs. 1 seine corre-

---

[14]) Wie hier insbesondere Küntzel in Gruchot's Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts B. 41 S. 605 ff. (Nachweis aus der Entstehungsgeschichte!), Hellmann, Krit. Vierteljahrsschr. B. 39 S. 224, Frommhold, Anm. 26, Cosack a. a. O. II § 360 Anm. 18, Endemann a. a. O. III § 45 Anm. 18.

[15]) a. a. O. S. 187 Anm. 20.

[16]) Willkürlich ist es, wenn Planck, Anm. II 2 b im Fall der Zulässigkeit des einseitigen Widerrufs das Vorliegen correspectiver Verfügungen überhaupt verneint. Mit Rücksicht auf ihre Unzweckmässigkeit wird vielfach lediglich die rein positive Vorschrift des § 2271 Abs. 1 S. 1 bei Errichtung eines correspectiven Testaments ausgeschlossen werden. Mit Recht hebt Planck (eod.) hervor, dass die Zulassung des einseitigen Widerrufs unter Umständen nicht den S. 1 Abs. 1 des § 2271, sondern den S. 1 Abs. 2 ausschliessen soll.

spectiven Verfügungen widerruft, oder diese infolge des ordnungsmässigen Widerrufs des andern Gatten unwirksam werden[17]).

[17]) Eine erleichterte Form des Widerrufs gewährt der Abs. 3 des § 2271, der sich, wie Strohal (a. a. O. S. 188) und Planck (Anm. 5 zu § 2271) richtig bemerken, nicht nur auf den Abs. 2, sondern auch auf den Abs. 1 bezieht. Es kann daher der eine Gatte auch bei Lebzeiten des andern die nach § 2338 zulässigen Massregeln durch eine gewöhnliche letztwillige Verfügung treffen, ohne dass es zuvor eines Widerrufs in der Form des Abs. 1 bedarf. Anders verhält es sich, wenn zu Lebzeiten des andern Gatten die Verfügung wegen des Vorliegens der Voraussetzungen des § 2336 widerrufen werden soll; hier muss die Form des 2271 Abs. 1 gewahrt werden. — Sachlich ist dieser Unterschied gerechtfertigt, da die Anordnungen nach § 2338 die Zuwendung dem Bedachten nicht entziehen, sondern sie ihm gerade sichern wollen. Es liegt somit kein eigentlicher „Widerruf" vor, sodass auch die Wirkung des § 2270 Abs. 1 (Unwirksamkeit der correspectiven Verfügungen des andern Gatten) kaum Platz greift.

§ 7.

Die Beschränkung der Widerrufsfreiheit des überlebenden Ehegatten.

I. In der Litteratur des bisherigen Rechts gehört die Frage, ob und inwieweit nach dem Tod des erstversterbenden Gatten Unwiderruflichkeit der correspectiven Verfügungen des Ueberlebenden einzutreten habe[1]), zu den allerbestrittensten dieser ganzen Lehre.

Auf diese Streitfragen und die gesetzlichen Vorschriften in den verschiedenen Rechtsgebieten näher einzugehen, hat meines Erachtens wenig Zweck; nur da, wo dies zum Verständnis des B. G. B. notwendig erscheint, wird die eine oder die andere derselben kurz hervorgehoben werden.

Die einschlägige Bestimmung des B. G. B. (§ 2271 Abs. 2 und 3) lautet:

„Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des andern Gatten; der Ueberlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt.

Auch nach der Annahme der Zuwendung ist der Ueberlebende zur Aufhebung nach Massgabe des § 2294 und des § 2336 berechtigt.

Ist ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines der Ehegatten bedacht, so findet die Vorschrift des § 2289 Abs. 2 entsprechende Anwendung“[2]).

Der Zweck dieser Vorschrift ist der, dass der überlebende Ehegatte nicht die Vorteile aus dem Testament des Verstorbenen geniessen und dennoch die Möglichkeit haben soll, seine correspectiven Verfügungen zu ändern und somit das Vertrauen des andern zu täuschen. Einige ältere Schriftsteller des gemeinen Rechts haben sie wohl auch mit dem Hinweis auf die „deutsche Treue“, die ja besonders das Ver-

[1]) Nach dem Vorgange des jüngeren Stryke (a. a. O.), der überhaupt zuerst den Gedanken der Unwiderruflichkeit in diese Materie hineingetragen hat, behaupteten viele älteren gemeinrechtlichen Juristen, diese beginne bereits mit der Errichtung des correspectiven Testaments. In neuerer Zeit ist diese Ansicht völlig preisgegeben worden.

[2]) Vgl. Anm. 17 des vorigen Paragraphen.

hältnis zwischen Eheleuten beherrsche, verteidigt und sich hierbei auch die billige Gelegenheit, Tacitus citieren zu können, nicht entschlüpfen lassen. Leider ist diese, bereits durch Hasse[3]) als leere Phrase charakterisierte Begründung von Frommhold (Anm. 2c) und auch wohl von Planck (Anm. III) für das B. G. B. wieder aufgenommen worden. Ueberdies bleibt nach ihr völlig unverständlich, wieso man dazu kommt, die Unwiderruflichkeit mit der Ausschlagung wieder wegfallen zu lassen.

Darüber herrscht wohl heute in der gesamten Litteratur nahezu Einstimmigkeit, dass es dem Willen der Ehegatten durchaus entspricht, die Verfügungen des Ueberlebenden, nachdem er die correspectiven[4]) Zuwendungen des Erstverstorbenen angenommen hat, unwiderruflich werden zu lassen. Die in der Doctrin des gemeinen Rechts ziemlich zahlreich vertretenen Gegner der Unwiderruflichkeit bestritten jedoch gerade diesen Satz auf des lebhafteste. Dem Widerruf correspectiver Verfügungen seitens des Ueberlebenden gar keinen Einfluss auf die Beerbung des Erstverstorbenen zu gewähren, forderten allerdings nur ganz wenige Juristen; dagegen waren eine Reihe namhafter Schriftsteller Anhänger einer Mittelmeinung, wonach er wenigstens dieselbe Wirkung wie zu Lebzeiten des andern Gatten haben sollte.

Allein auch das ist wenig befriedigend[5]). Dass der Ueberlebende widerrufen hat, stellt sich in der Regel erst bei seinem Tode heraus, erst in diesem Zeitpunkt ergiebt sich also auch die kraft der Correspectivität eintretende Unwirksamkeit der Verfügungen des Erstverstorbenen, so dass der Ueberlebende trotz des Widerrufs bis an sein Lebensende im Genuss alles dessen, was ihm der Verstorbene zugewendet hat, verbleiben könnte.

Wie sehr übrigens die Unwiderruflichkeit dem Willen der Ehegatten entspricht und praktisch geradezu ein Bedürfnis ist, geht aus der Thatsache hervor, dass trotz des heftigen Widerstandes namhafter Juristen[6]) die Praxis des gemeinen Rechts sich fast einstimmig für sie entschieden hat[7]).

Die Gegner der Unwiderruflichkeit gingen bisweilen so-

[3]) Rheinisches Museum für Jurisprudenz. Jahrgang III S. 246ff.

[4]) Nur solche kommen hierbei in Betracht, siehe unten.

[5]) Vgl. O. Fischer im Arch. f. bürg. Recht B. 6 S. 86 ff.

[6]) Ich erinnere nur an Windscheid (Pand. III § 568).

[7]) Vgl. hierüber besonders O. Fischer a. a. O.

gar soweit[8]), deren Eintritt schlechtweg für unconstruierbar zu erklären. Und in der That können eine Reihe von Constructionsversuchen, von denen ich nur die wichtigsten hervorheben werde, einer kritischen Prüfung nicht standhalten.

In älterer Zeit half man sich über die Schwierigkeit dadurch hinweg, dass man nach dem Vorgang des belgischen Juristen Peck[9]) annahm, der eine Gatte könne mit Bewilligung des andern auch über dessen Vermögen testieren. Der zustimmende Gatte sei nach des Testierenden Tode für immer gebunden. Dass diese Meinung gegen die obersten Prinzipien des Testamentsrechts verstösst, braucht wohl nicht näher ausgeführt zu werden.

Seit dem Niederländer Simon van Leeuven[10]) kommt dann eine andere Theorie auf, welche bis in die neueste Zeit, namentlich im gemeinen Recht, vielen Anklang gefunden hat. Sie versucht eine Construction mit Hülfe der römischen Lehre vom Universalfideikommiss. Der Gedankengang ist etwa folgender: Indem der eine Gatte den andern als Erben instituiert, legt er ihm zugleich das Universalfideikommiss auf, diese Zuwendung mitsamt seinem eigenen Nachlass nach seinem Tode den im correspectiven Testament bezeichneten Personen herauszugeben. Sehr oft wurde hierbei indessen übersehen, dass nach römischem Recht der Satz gilt: „neminem oportet plus legati nomine præstare quam ad eum ex hereditate pervenit (Ulpian)[11]). Manche Schriftsteller stellten auch die Geltung dieser römischen Vorschrift für die Lehre vom correspectiven Testament im gemeinen Recht ausdrücklich in Abrede[12]).

Und fast alle Anhänger dieser Theorie übersehen, dass hier eigentlich der überlebende Gatte nicht von seinen Erben beerbt wird, sondern dass Vermächtnisnehmer des Erstverstorbenen als seine Gläubiger seinen Nachlass erhalten[13]).

Einen ähnlichen Weg schlägt auch Buchka[14]) ein. Nach ihm wird dem überlebenden Gatten durch die Annahme der Erbschaft des Verstorbenen das fideikommissarische onus auferlegt, seine Verfügungen nicht mehr zu widerrufen; er verliert

[8]) Windscheid a. a. O. und ihm folgend die Motive z. Entw. I. des B. G. B.

[9]) Tractatus de test. coniugum ed. princ. 1585.

[10]) Cens. forens v. 1677.

[11]) l. 1 § 17 D. ad Sc. Treb. (36,1)

[12]) So z. B. Mühlenbruch bei Glück, B. XXXVIII S. 240.

[13]) Hartmann a. a. O. S. 158.

[14]) Ztschr. f. deutsches Recht, B. 12 S. 210 ff.

also seine Widerrufsfreiheit quasi ex contractu[15]. Auch diese Construction krankt noch daran, dass sie zwar von Sätzen des römischen Rechts ausgeht, andere Prinzipien desselben dagegen ignoriert[16] [17].

Schon die Vertreter dieser Theorien arbeiten häufig mit der Analogie des Erbvertrags. Das führt dann allmählich dazu, eine Construction mit Hülfe des Erbvertrags selbst zu versuchen[18]. Teilweise hat man sich allerdings die Aufgabe sehr leicht gemacht und lediglich die Behauptung aufgestellt, das correspective Testament verwandle sich mit der Annahme der Erbschaft in einen Erbvertrag[19].

Dringt man dagegen etwas tiefer ein, so ergiebt sich, wenn man sich nur von dem Banne einseitig römisch-rechtlicher Prinzipien freimacht, eine durchaus befriedigende Lösung der Constructionsfrage. Danach enthält das gemeinschaftliche correspective Testament bisweilen[20] zugleich einen bedingten Erbvertrag [21] [22].

Diese Construction ist meines Erachtens vom Standpunkt der modernen Rechtslehre aus, die fast durchweg den Erb-

[15] Die Praxis hat in ähnlichen Formulierungen gern das bequeme Hilfsmittel des »Quasicontracts« zu Constructionsversuchen verwendet.

[16] Auch nach ihr ist ja der Ueberlebende über den Wert des Nachlasses des Verstorbenen hinaus durch das Fideikommiss in seiner Verfügungsfreiheit beschränkt.

[17] Für das B. G. B. wäre noch ein anderes Bedenken aus § 2302 herzuleiten.

[18] Vgl. z. B. Stobbe, Deutsches Privatrecht, B. V S. 257 ff., Dernburg Pandecten III S. 189. Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht IV S. 465.

[19] Wer sich wie z. B. Stobbe dabei beruhigt, hat streng genommen, eine eigentliche Construction überhaupt nicht gegeben.

[20] In Betracht kommt hauptsächlich der in § 2270 Abs. 2 erwähnte Fall, dass dem einen Gatten von dem andern eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem andern Gatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Dass die Wirkung der Unwiderruflichkeit nicht in jedem Fall eines correspectiven Testaments eintritt, wird sich noch aus den späteren Erörterungen ergeben.

[21] Meist liegen jedoch materiell nicht nur eine, sondern zwei vertragsmässige Verfügungen vor, von denen aber immer nur eine wirksam werden soll und kann. Ein Hauptanwendungsfall ist z. B. die Einsetzung der beiderseitigen Verwandten zu »Letzterben« nach § 2269. Vgl. im übrigen den letzten Paragraphen dieser Abhandlung.

[22] So auch Löwenwald, a. a. O. S. 43.

vertrag mit seinem bindenden Widerrufsverzicht anerkennt, völlig unangreifbar[23]). Sie ist aber auch, wie ich glaube, unentbehrlich, wenn man für eine Reihe praktisch wichtiger Sätze die notwendige theoretische Grundlage gewinnen will[24]).

Bei Planck (Anm. III zu § 2271) wird darauf hingewiesen, dass zwischen dem bisherigen Recht und dem B. G. B. hier insofern ein Unterschied bestehe, als dort die Unwiderruflichkeit im Zeitpunkt der Annahme der Zuwendung, hier bereits in dem des Todes der Gatten eintrete. Dieser Unterschied besteht, wie der Wortlaut des § 2271 Abs. 2 ergiebt, in der That, indessen nötigt dies keineswegs, wie das Planck anzunehmen scheint, zu einer andern sachlichen Begründung[25]). Als den innern Grund dieser Vorschrift hat man stets angeführt und wird dies auch in Zukunft thun müssen, dass der überlebende Gatte, der die ihm gemachten Zuwendungen des Verstorbenen erworben hat, die berechtigten Erwartungen des Verstorbenen durch Abänderung seiner Verfügungen nicht täuschen soll. Der Erwerb der Zuwendung tritt aber nach den §§ 1942, 2176 B. G. B. grundsätzlich bereits mit dem Tod des erstversterbenden Gatten ein.

Mit dem Erbfall wird indessen die Zuwendung noch nicht endgültig erworben, vielmehr ist der Erwerb nur erfolgt unter der mit dinglich rückwirkender Kraft ausgestatteten Resolutivbedingung der Ausschlagung (§ 1942, 1953, 2176, 2180 B. G. B.). Demgemäss ist mit dem Tod des erstversterbenden Gatten auch der Erbvertrag nicht unbedingt wirksam geworden, sondern auch seine Wirksamkeit ist geknüpft an die mit dinglicher Kraft auf den Zeitpunkt des Todes rückwirkende Resolutivbedingung der Ausschlagung. Dies ist, wie Planck a. a. O. richtig hervorhebt, von Bedeutung für den Fall der Zuwendung eines Vermächtnisses an den Ueberlebenden. Dieses wird mit dem Tode des Erstversterbenden erworben, mit dem

[23]) Nur kurz erwähnen will ich, dass diese Construction, wonach eine Verfügung von Todeswegen beim Eintritt eines gewissen Ereignisses unwiderruflich und zu einer erbvertragsmässigen wird, sehr für die Auffassung Hartmanns vom Wesen des Erbvertrags (a. a. O. S. 1 ff.), die für das B. G. B. von Hellwig a. a. O. S. 598 ff. festgehalten wird, spricht. (Hartmann behauptet bekanntlich, der Erbvertrag sei aus einer einseitigen Verfügung von Todeswegen und einem vertragsmässigen Widerrufsverzicht zusammengesetzt, also eigentlich ein Doppelgeschäft).

[24]) Leider ist dies in der bisherigen Litteratur, soweit ich sehen kann, fast ganz vernachlässigt worden.

[25]) Etwa mit Hilfe des unter den Ehegatten bestehenden „Treueverhältnisses", s. o.

Rechte jedoch, es auszuschlagen, ohne dass aber hierfür eine Frist bestände. Die genaue Construction der Unwiderruflichkeit nach dem B. G. B. ist sonach folgende:

Das correspective Testament enthält einen Erbvertrag, der unter der Suspensivbedingung, dass derjenige Gatte, der nicht Vertragserblasser ist, zuerst verstirbt, und unter der Resolutivbedingung der Ausschlagung der von diesem erhaltenen Zuwendungen geschlossen ist; der Eintritt resp. Ausfall der Resolutivbedingung wirkt dinglich zurück auf den Zeitpunkt des Todes dieses Gatten. Ausserdem ist aber als dem Erbvertrag hinzugefügt anzusehen ein Rücktrittsvorbehalt (Resolutivbedingung ohne Rückwirkung) für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 2271 Abs. 2 S. 2 resp. des Abs. 3 eod. vorliegen, oder dies sonst dem mutmasslichen Willen der Gatten entspricht[26]).

Damit ist auch wohl der bereits erwähnte Unterschied zwischen dieser Art correspectiver Testamente und den Erbverträgen mit Rücktrittsvorbehalt zur Genüge gekennzeichnet. Die praktisch nicht unwichtige Folge desselben ist, dass nicht bei ersteren, wohl aber bei letzteren, auf Verfügungen unter Lebenden, die bis zum Tod der andern Vertragspartei getroffen werden, die §§ 2287, 2288 keine Anwendung finden. Vom Moment des Todes des erstversterbenden Gatten ab stehen sich die beiden Rechtsinstitute völlig gleich!

II. Welche Consequenzen ergeben sich nun daraus, dass mit dem Tod des erstversterbenden Gatten ein Erbvertrag zu Gunsten der durch die correspective Zuwendung des Ueberlebenden bedachten Personen wirksam wird?[27])

1. Zunächst ist eine analoge Anwendung des § 2289 am Platze. Sonach kann der Ueberlebende seine correspective Verfügung nicht nur nicht mehr widerrufen, sondern auch eine sie sonstwie beeinträchtigende Anordnung (etwa die Beschwerung der Erben mit einem Legat) nicht mehr treffen.

Mit Recht hebt Planck hervor, dass solche mittelbare Aenderungen in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis einem Widerruf gleichstehen können und daher diese analoge Erweiterung zum Schutze des verstorbenen Gatten resp. des ihm nahe

---

[26]) Diese analoge Erweiterung kann erst später gerechtfertigt werden.

[27]) Später folgt dann eine eingehende Erörterung der einzelnen Resolutivbedingungen des Erbvertrags. Uebrigens hat das B. G. B. selbst durch Aufstellung der Vorschriften des § 2271 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 Folgerungen aus der Erbvertragstheorie gezogen; vgl. § 2289 Abs. 2 und § 2294.

stehenden Bedachten durchaus erforderlich ist[28]) [29]). Ebenso folgt aber auch aus § 2289, dass eine zu Lebzeiten des erstversterbenden Gatten vom Ueberlebenden angeordnete Beschränkung oder Beschwerung des Bedachten, welche ja, wie früher bereits betont, der Form des § 2271 Abs. 1 nicht bedarf, mit dem Tod des ersteren aufgehoben wird. Hierdurch wird, wenn auch der andere Gatte niemals von der Anordnung dieser Beschränkungen erfahren, ein seinem Willen widerstreitendes Resultat verhütet, und es dürften somit auch etwaige Bedenken wegen der Nichtanwendung der Form des § 2271 Abs. 1 auf den Fall der Anordnung von Beschränkungen im wesentlichen als beseitigt anzusehen sein.

Schwierigkeiten entstehen jedoch, wenn der überlebende Gatte zu Lebzeiten des andern dem für den Fall seines Ueberlebens eingesetzten Erben ein Vermächtnis durch Erbvertrag mit einem Dritten auferlegt hat. Der Fall liegt dann so, dass ein suspensiv bedingter Erbvertrag von den beiden Gatten errichtet ist, und während des Schwebens der Bedingung der Vertragserblasser mit einem Dritten einen neuen, den ersten beeinträchtigenden Erbvertrag schliesst. Ich glaube, dass man hier unter analoger Anwendung des § 161 B. G. B. [30]) den zweiten Erbvertrag als unwirksam erklären muss.

Aus § 2289 ergiebt sich übrigens auch, dass der Ueberlebende seine correspective Verfügung dann widerrufen und abändern kann, wenn sie aus irgend einem Grund bereits unwirksam geworden ist, resp. dass infolge einer später eintretenden Unwirksamkeit derselben eine nach dem Tod des Erstversterbenden getroffene abändernde Verfügung gültig wird, da ja dann von einer Beeinträchtigung des Rechtes der

[28]) Anm. VI zu § 2271. Dort wird dieser Satz durch arg. e contrario aus Abs. 3 des § 2271 gefolgert, der ja in einem bestimmten Fall Beschränkungen (Uebertragung der Verwaltung an einen Testamentsvollstrecker) ausdrücklich für zulässig erklärt.

[29]) Für das A. L. R. findet sich eine, soweit ich sehen kann, allseitig gebilligte Entscheidung in Striethorst's Archiv B. 81 S. 218, wonach es dem Ueberlebenden ebenso wie dem Vertragserblasser freisteht, Vermächtnisse im Wert bis zu $^1/_{20}$ seines Nachlasses zu errichten (also hier schon analoge Anwendung der Rechtssätze des Erbvertrags!).

[30]) § 161 Abs. 1 S. 1 B. G. B. lautet: „Hat Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Fall des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde."

vertragsmässig bedachten Person nicht mehr die Rede sein kann. Danach tritt die Unwiderruflichkeit überhaupt nicht ein, wenn beim Tod des Erstversterbenden nur noch unwirksam gewordene Verfügungen des Ueberlebenden vorhanden sind, insbesondere also, wenn das correspective Testament blos die gegenseitige Erbeinsetzung der beiden Gatten enthielt. Zu beachten bleibt jedoch, dass eventuell andere Personen als Ersatzerben (vgl. z. B. § 2069) oder kraft Accrescenz in die Bresche treten können. Dann ist dem Ueberlebenden auch eine Beeinträchtigung dieser Personen, die ja auf Grund des zu vermutenden Willens des Erblassers die Zuwendung erhalten, versagt. Erblasser ist hier der Ueberlebende; will er diese Personen nicht als Ersatzbedachte gelten lassen, so muss er beweisen, dass er zur Zeit der Errichtung des Testaments dies nicht beabsichtigte[31]). Eine weitere Folge ist die, dass der Ueberlebende auch in Bezug auf Verfügungen unter Lebenden nicht völlig frei ist, sondern event. die Bestimmungen der §§ 2287, 2288 eingreifen.

Im Anschluss hieran soll noch der Fall erwähnt werden[32]), dass der überlebende Gatte eine zweite Ehe eingeht und dabei allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart wird.

Wie im bisherigen Recht (s. Anm.) wird man dies unter Umständen als Schenkung ansehen müssen, die, wenn sie in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, gemacht ist, nach dem Eintritt des Erbfalls von diesem condiziert werden kann (§ 2287).

Wird bei Eingehung der zweiten Ehe allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart, ohne dass zugleich gemäss § 1508 die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen wird, und ist in dem correspectiven Testament der Gatten erster Ehe z. B. als Erbe des Ueberlebenden ein einseitiger Abkömmling des Erstversterbenden eingesetzt, so ergeben sich anscheinend wenig erfreuliche Consequenzen. Stirbt nämlich von den Gatten der zweiten Ehe zuerst der Ueberlebende der ersten Ehe und besteht sein Vermögen im wesentlichen aus seinem Anteil an dem Gesamtgut, so bekommt der Vertragserbe, da dieser Anteil nicht zum Nachlass gehört, anscheinend wenig oder nichts. Das gleiche Resultat ergiebt sich übrigens auch dann, wenn Fahrnisgemeinschaft vereinbart und dabei der Ein-

---

[31]) Aehnlich für das preussische Recht Entsch. d. Obertribunals B. **51** S. 235 ff.

[32]) Vgl. hierzu Entsch. d. O. Tr. B. B. 56 S. 206 und Strieth. Arch. B. 17 S. 10.

tritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestimmt wird (§ 1557), oder wenn der Ueberlebende einen Andern adoptiert, ohne dabei dessen Erbrecht gegen ihn auszuschliessen (§ 1767). Man wird jedoch die Anordnung des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft und die Einräumung eines Erbrechts zu Gunsten des Wahlkindes (mögen sie ausdrücklich erfolgt oder wegen der Unterlassung der Ausschliessung im Hauptvertrag als stillschweigend getroffen anzusehen sein), da sie ja erst im Moment des Todes wirksam werden, den Verfügungen von Todeswegen insofern gleichzuachten und demnach anzunehmen haben, dass sie insoweit unwirksam sind, als das Recht des vertragsmässig Bedachten durch sie beeinträchtigt wird.

2. Endlich ergibt sich aus der von uns als richtig erkannten Construction noch die Consequenz, dass der Ueberlebende auch nach dem Tode des Erstversterbenden seine Verfügungen gemäss den §§ 2281 ff, 2078, 2079[33]) anfechten[34]) kann[35]). Ich hebe besonders noch die Vorschrift des § 2281 Abs. 2 hervor, wonach der Ueberlebende die Anfechtung gegenüber dem

[33]) An dieser Stelle mag auch erwähnt sein, dass die erst nach dem Eintritt der Unwiderruflichkeit entstandenen Pflichtteilsrechte durch das Wirksamwerden des Erbvertrags in keiner Weise beeinträchtigt werden. Nach dem B. G. B. ist dies so selbsverständlich, dass die ausdrückliche Hervorhebung als überflüssig erscheint; im bisherigen Recht war es jedoch zweifelhaft und wird mit Rücksicht hierauf auch regelmässig kurz erwähnt (vgl. z. B. Planck Anm. VIII zu § 2271).

[34]) Eine Anfechtung seitens des Ueberlebenden ist übrigens auch dann möglich und kommt praktisch in Betracht, wenn das correspective Testament nur die gegenseitige Erbeinsetzung der Gatten enthält und demnach, wie bereits erwähnt, § 2271 Abs. 2 überhaupt nicht eingreift. Allerdings ist ja durch den Tod des Erstversterbenden die Verfügung des Ueberlebenden „unwirksam" geworden, rechtlich besteht sie indessen noch fort und kann sonach auch noch nach § 2078 angefochten werden. Dies wird dann praktisch, wenn der Ueberlebende die überschuldete Erbschaft des Erstverstorbenen angenommen hat und sich nun gern von der unbeschränkten Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten befreien möchte. Ficht er nämlich seine Verfügung an, so ist gemäss § 2270 die correspective Verfügung des andern Gatten als im Moment seines Todes unwirksam anzusehen. Da der Ueberlebende demnach niemals rechtlich Erbe war, ist er dadurch die unbeschränkte Haftung für die Nachlassschulden los.

[35]) Hellwig (a. a. O. S. 657) bemerkt übrigens sehr richtig, dass die Anfechtung des Erbvertrags durch den Vertragserblasser ebenso wie der Rücktritt vom Erbvertrag eigentlich nichts anderes ist als „der in Beziehung auf Voraussetzung und Form besonders geregelte Widerruf der von dem Erblasser getroffenen Verfügung."

Nachlassgericht erklären muss; dieses soll sie dann dem Bedachten mitteilen.

Diese Bestimmung unterliegt jedoch mancherlei Bedenken. Zunächst ist es nicht ganz unzweifelhaft, welches Gericht als „Nachlassgericht" in § 2281 Abs. 2 gedacht ist, das des verstorbenen Gatten oder dasjenige, welches Nachlassgericht sein würde, falls der Ueberlebende in diesem Moment stürbe.

Mit Recht entscheidet sich Hellwig[36]) für die erste Annahme (da ein „Nachlassgericht" eines noch Lebenden gar nicht denkbar ist), trotzdem auch ihr nicht unwesentliche Bedenken entgegenstehen. In unserm Fall ist aber eine Mitteilung an das Nachlassgericht des Verstorbenen um so notwendiger, als ja mit der Anfechtung durch den Ueberlebenden gemäss § 2270 Abs. 1 die correspective Verfügung des Verstorbenen unwirksam wird, es also sofort die etwa erforderlichen Sicherungsmassregeln zu treffen hat. Da es in der Regel die Testamentsurkunde verwahrt, besitzt es auch die dazu erforderliche Kenntnis der Sachlage.

Was die Bestätigung des anfechtbaren Erbvertrages anlangt, so ist es ja bekanntlich bestritten, ob diese einer Form[37]) (der der Errichtung eines Erbvertrags) bedürfe oder nicht. Wenn man auch der meines Erachtens richtigeren ersten Ansicht folgt, so muss man doch für die Bestätigung einer unwiderruflich gewordenen correspectiven Verfügung durch den überlebenden Gatten auch die einfache Testamentsform (entsprechend dem Errichtungsakt) zulassen. Ausserdem muss man dem Ueberlebenden, auch wenn er noch minderjährig ist, das Recht der Bestätigung gewähren, da er ja trotz seiner Geschäftsbeschränktheit die Fähigkeit zur Errichtung eines solchen Testaments besitzt[38]).

Zum Schlusse sei noch einmal ausdrücklich hervorgehoben, dass der Ueberlebende, wenn er die Anfechtung erklärt, das auf Grund des nunmehr gemäss § 2270 Abs. 1 unwirksam gewordenen Testaments des Verstorbenen Empfangene herausgeben muss. Indessen geht ihm dessen Erbschaft meist doch

---

[36]) Hellwig a. a. O. S. 657/58.

[37]) Hellwig a. a. O. S. 661ff. Frommhold, Anm. 2 zu § 2284, a. A. insbesondere Schiffner a. a. O. S. 155, Cosack, II § 361 IVe, Strohal a. a. O. S. 197 Planck, Anm. 1 zu § 2284.

[38]) So für die Bestätigung eines zwischen Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrags (vgl. § 2275 Abs. 2) Wilke, Anm. 3 zu § 2284; jedenfalls ist in diesem Fall jedoch noch gemäss § 2275 die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und ev. des Vormundschaftsgerichts erforderlich, was bei der oben im Text erwähnten Bestätigung wegfällt.

nicht völlig verloren, sondern es verbleibt ihm das, was ihm kraft gesetzlicher Erbfolge, die ja dann in der Regel eintreten wird, zukommt.

3. Gehen wir nunmehr zu einer Betrachtung der einzelnen Resolutivbedingungen des Erbvertrags nach § 2271 Abs. 2 über.

Der Ueberlebende erlangt zunächst die Widerrufsfreiheit wieder, wenn er „das ihm Zugewendete" ausschlägt. An diese gewiss harmlos aussehende Bestimmung knüpfen sich eine Reihe von Fragen.

Erstens: Wer muss ausschlagen? Der Wortlaut des § 2271 Abs. 2 gibt darauf die Antwort: grundsätzlich der Ueberlebende selber. Nicht genügt es, wenn dies seine Erben, auf die sich ja nach den §§ 1952, 2180 das Recht der Ausschlagung vererbt, thun. Hat also etwa der Ueberlebende die im correspectiven Testament getroffenen Verfügungen widerrufen[39]) und ist dann, ohne ausgeschlagen zu haben, vor Ablauf der Ausschlagungsfrist gestorben, so verhilft die Ausschlagung seitens der Erben dem Widerruf nicht zur Giltigkeit. Wer zu einer andern Entscheidung kommt, gerät dann in unüberwindliche praktische Schwierigkeiten, wenn der Ueberlebende gerade eine Erbeinsetzung widerrufen hat[40]). Welcher Art diese Schwierigkeiten sind, ist leicht einzusehen: es sind ja dann, je nachdem, ob der Widerruf Giltigkeit hat oder nicht, ganz verschiedene Personen die Erben; welche von diesen sollen nun über die Ausschlagung und damit über die Giltigkeit des Widerrufs entscheiden?

Andererseits muss der oben aufgestellte Satz, dass nur eine Ausschlagung durch den Ueberlebenden selber in Betracht komme, mancherlei Einschränkungen erfahren. Der innere Grund der Unwiderruflichkeit ist, wie bereits früher hervorgehoben, der, dass der Ueberlebende nicht in der Lage sein soll, einerseits die Vorteile aus dem Testament des Verstorbenen zu geniessen, andrerseits seine mit diesen im Verhältnis

---

[39]) Der Widerruf nach dem Tod des Erstversterbenden kann — abgesehen von allem andern — regelmässig schon wegen der Form der §§ 1945, 2180 nicht als Ausschlagung der von diesem gemachten Zuwendungen gelten. — Dass übrigens der nach dem Tod des Erstversterbenden erfolgte Widerruf auch dann giltig ist, wenn die Ausschlagung erst nachher stattfindet, ergibt sich daraus, dass die Resolutivbedingung wie erwähnt, dinglich rückwirkende Kraft hat nnd demnach der Erbvertrag als von vornherein unwirksam anzusehen ist.

[40]) Vgl hierzu Planck, Anm. IVa eod., der jedoch die obigen Folgerungen inbezug auf eine Ausschlagung seitens der Erben lediglich aus diesen praktischen Bedenken entnimmt.

der Correspectivität stehenden Verfügungen zu ändern. Daraus ist zu folgern, dass die Unwiderruflichkeit auch dann nicht eintritt, wenn auf Grund des dem minderjährigen oder sonst geschäftsbeschränkten[41]) überlebenden Gatten zustehenden Ausschlagungsrechtes der gesetzliche Vertreter die Ausschlagung erklärt, also die Vorteile aus dem Testament des Verstorbenen dem Ueberlebenden nicht zufliessen[42]. Aus dem soeben angeführten Grund der Unwiderruflichkeit ergibt sich weiter, dass der Ueberlebende auch dann widerrufen kann, wenn die correspective Zuwendung des verstorbenen Gatten nicht ihm selber, sondern einer ihm nahestehenden Person gemacht war und dieser auf seine Veranlassung hin ausschlägt[43]). Auch hier hat ja der Ueberlebende bewirkt, dass die in seinem Interesse erfolgte Zuwendung des Verstorbenen nicht wirksam wird, also auf jeden Vorteil verzichtet. Damit dürfte doch die Gleichheit der Rechtslage mit dem gewöhnlichen und auch in § 2271 Ab. 2 allein berücksichtigten Fall, dass der Ueberlebende selber bedacht ist und ausschlägt, gegeben sein[44]).

Zweitens: Was muss ausgeschlagen werden?

Cosack[45]) behauptet: **alle** Zuwendungen des Verstorbenen aus dem gemeinschaftlichen Testament. Der Zusammenhang, in dem die Vorschrift des § 2272 Abs. 2 steht, und ihr Zweck ergeben jedoch, dass es sich nur um die **correspectiven** Zuwendungen handeln kann, die Annahme oder Ausschlagung anderer also unerheblich ist. Zu dem gleichen Resultat führt

---

[41]) Das Gleiche gilt natürlich auch im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Ueberlebenden, ist aber hier von weit geringerer praktischer Bedeutung.

[42]) Nicht ganz unbedenklich ist es, dass der gesetzliche Vertreter durch die ihm allein verstattete Ausübung des Rechtes der Annahme resp. Ausschlagung erbrechtlicher Zuwendungen es in der Hand hat, dem Ueberlebenden die Widerrufsfreiheit für immer abgesehen von den seltenen Fällen des Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 des § 2271, zu nehmen, zumal dann nicht, wenn man ihm nicht einmal stets die Einsichtnahme des gemeinschaftlichen Testamentes nach dem Tode des Erstversterbenden gestattet und er so oft überhaupt nicht weiss, ob ein correspectives Testament vorliegt (vgl. § 3 IIIa dieser Abhandlung). Ihm selber wird die Entscheidung der Frage, ob er die Zuwendung annehmen und damit seinen Mündel für alle Zeiten binden, oder um ihm die Widerrufsfreiheit zu sichern, jene ausschlagen soll, oft nicht gerade leicht dünken.

[43]) So auch Hellwig a. a. O. S. 649, Frommhold, Anm. 26 zu § 2298; a. A. Planck, Anm. IVb zu § 2271.

[44]) Anders Planck, a. a. O.

[45]) a. a. O. § 360 IV 2a.

auch eine Betrachtung des § 2298[46]), wo der Ueberlebende auch nur das **durch** (nicht **im**) Vertrag Zugewendete, insoweit es dem Willen der Erbvertragscontrahenten entspricht[47]), ausschlagen muss.

Es soll indessen nicht verkannt werden, dass die Durchführung dieses Satzes, der Ueberlebende brauche, um sich seine Widerrufsfreiheit zu wahren, nur die mit seinen Verfügungen im correspectiven Zusammenhang stehenden Zuwendungen des Verstorbenen auszuschlagen, manchmal Schwierigkeiten bereiten kann. Hiertür ein Beispiel: A setzt zum Dank für die treue Pflege während einer Krankheit seinen Gatten B (statt auf die ihm kraft Gesetzes gebührende Hälfte) auf drei Vierteile seines Nachlasses als Erben ein. Später errichten dann die Beiden noch ein (gemeinschaftliches) correspectives Testament, in welchem B den A „auf die ihm nicht kraft Gesetzes zufallende Hälfte" und A (der bedeutend reicher ist) den B „auf den noch freigebliebenen Teil" seines Nachlasses als Erben instituiert.

In diesem Falle könnte man mit Rücksicht auf § 1951 zu der Folgerung kommen, dass der Ueberlebende B, um sich seine Widerrufsfreiheit zu erhalten, die ganze Erbschaft des A ausschlagen müsste, was zweifellos dessen Willen in der Regel nicht entsprechen würde.

Man wird wohl dadurch helfen können, dass man aus den Umständen eine stillschweigende Erlaubnis des A, den im ersten (Einzel-)Testament zugewendeten Erbteil anzunehmen und den ihm im zweiten (correspectiven) ausgesetzten auszuschlagen, entnimmt.

Eine besondere Erörterung verdient noch der Fall, dass der im (correspectiven) Testament dem Ueberlebenden von dem Erstversterbenden hinterlassene Erbteil nur dem Pflichtteil gleichkommt. Ich denke dabei an folgendes Beispiel: A, der in zweiter Ehe mit B verheiratet ist, hat aus erster Ehe einen Sohn C. In einem gemeinschaftlichen Testament reduziert er dessen gesetzlichen Erbteil auf die Hälfte seines Nachlasses (also fast auf den Pflichtteil — $^3/_8$) und bestimmt ihm

[46]) Ich habe bereits oben ausgeführt, dass zwischen dem Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt und dem hier erörterten Fall vom Tode des Erstversterbenden ab kein Unterschied besteht.

[47]) Trotz der nicht ganz klaren Fassung ist es meines Erachtens sicher, dass nur die correspectiven Zuwendungen gemeint sind; die Controverse, ob auch nichtvertragsmässige Zuwendungen ev. auszuschlagen sind oder nicht (vgl. hierzu einerseits Prot. V S. 421 und Frommhold, Anm. 3 b zu § 2298, andrerseits Planck, Anm. 3 c eod.) ist für unsere Frage ohne Bedeutung.

als Ersatzerben eine Nichte seines erstehelichen Gatten D. Auf die andere Hälfte setzt er dagegen seinen jetzigen Gatten B ein, während dieser ebenfalls die eine Hälfte seines Nachlasses dem A, die andere dem C resp. der D zuwendet. Nunmehr stirbt C., so dass sich der Pflichtteil des B auf ½ des Nachlasses des A erhöht. Schlägt B bei A's Tod die ihm von diesem zugewendete Nachlasshälfte aus, um das Widerrufsrecht nicht zu verlieren, so kann er nach den §§ 2303 ff. nicht mehr den Pflichtteil verlangen; nimmt er dagegen an, so ist er damit für immer an seine Verfügungen gebunden. Dieses Resultat ist im höchsten Grade unbillig. Die Tendenz des Gesetzes geht doch offenbar dahin, den nächsten Angehörigen des Erblassers, sofern nicht die genau bestimmten Ausnahmefälle der §§ 2333, 2338 vorliegen, den Pflichtteilsanspruch ungeschmälert, ohne jede Beschränkung zu verschaffen. Man wird daher den § 2306 analog anwenden[48]) und die Bestimmungen bezüglich des Widerrufs als nicht angeordnet ansehen müssen[49]).

Bezüglich der Behandlung zweier weiteren Fälle kann ich mich mit einem Hinweis auf Planck (Anm. IVb zu § 2271 S. 506) begnügen, dagegen bedarf ein dritter, ebenfalls dort besprochener Fall noch einer besonderen Erörterung. Hat nämlich der Erstversterbende sowohl dem Ueberlebenden als auch einem diesem nahestehenden Dritten etwas zugewendet, und stehen diese beiden Verfügungen zu einer Verfügung des Ueberlebenden im Verhältnis der Correspectivität, so ist es nach Planck zur Erhaltung der Widerrufsfreiheit genügend, wenn der Ueberlebende die ihm gemachte Zuwendung ausschlägt, und der Wortlaut des § 2271 Abs. 2 scheint ihm Recht zu geben. Ich meine jedoch, der schon mehrfach erörterte innere Grund der Unwiderruflichkeit zwingt uns zu einer andern Auffassung, zu der nämlich, dass der Ueberlebende, um sich das Widerrufsrecht zu wahren, nicht nur selber ausschlagen, sondern auch die Ausschlagung durch den ihm nahestehenden Dritten herbeiführen muss; er soll eben dann auf alle correspectiven Vorteile (und als Vorteil ist auch eine Zuwendung an eine ihm nahestehende Person, die seinetwegen erfolgt ist, anzusehen) verzichten. Die blose Unwirksamkeit der Zuwen-

[48]) Eine analoge Ausdehnung des § 2306 auf andere Beschränkungen vertritt auch Schiffner, Pflichtteil, Erbausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse des B. G. B. S. 35, während Frommhold, Anm. 1 zu § 2306, die dort gegebene Aufzählung als erschöpfend ansieht.

[49]) Eventuell könnte B auch gemäss §§ 2281, 2078 anfechten, was zu dem gleichen praktischen Ergebnis führen würde.

dung an den dem Ueberlebenden nahestehenden Dritten im Falle des Widerrufs des letzteren[50]) würde, wie schon früher einmal gelegentlich des Nachweises, dass die Unwiderruflichkeit dem Willen und Interesse der Gatten entspricht, betont worden ist, zum Schutze der Interessen des Verstorbenen nicht ausreichen, da ein Widerruf des Ueberlebenden regelmässig erst bei dessen Tod bekannt wird und bis dahin also jener Dritte im ungestörten Genuss der ihm gemachten Zuwendung verbliebe, ev. sogar beim Tod des Ueberlebenden überhaupt nichts mehr herauszugeben hätte (§§ 2021, 818 B. G. B.)

Drittens: Welchen Einfluss hat die Ausschlagung auf den vorher erfolgten Widerruf?

Ich habe bereits früher (siehe Anm. 40) aus der rückwirkenden Kraft dieser Resolutivbedingung die Consequenz abgeleitet, dass ein nach dem Tod des ersten Gatten geschehener Widerruf durch die Ausschlagung Giltigkeit erlangt. Ebenso folgt aus dem am Ende des § 6 dieser Abhandlung entwickelten Grundsatz, wonach die Verletzung des § 2271 Abs. 1 nur relalative Nichtigkeit herbeiführt, dass ein vor dem Tod des Erstversterbenden ohne Beachtung des § 2271 Abs. 1 erfolgter Widerruf[51]) dann giltig wird, wenn die correspective Zuwendung des Verstorbenen ausgeschlagen, also unwirksam wird.

Dagegen bedarf keiner weiteren Erläuterung, in welcher Weise die Anfechtung der Annahme[52]) oder der Ausschlagung auf die Bindung und damit auf die Giltigkeit eines Widerrufs zurückwirken (§ 1957).

Die Anfechtung der Annahme des von dem Erstversterbenden erhaltenen Erbteils wird übrigens in zwei praktischen Fällen von grosser Bedeutung. Der eine ist der, dass der Ueberlebende die Erbschaft des Verstorbenen angenommen hat, ohne zu ahnen, dass dieser ihn noch nachträglich mit einem grossen Vermächtnis beschwert hat[53]). In dem andern hat der Ueberlebende die Erbschaft, ohne von deren Ueberschuldung Kenntnis zu haben, angenommen und ist somit gebunden[54]). Man wird die Beschwerung mit einem grösseren Vermächtnis resp. die Ueberschuldung als solche Eigenschaften des

[50]) Siehe Planck, a. a. O. a. E.

[51]) Trotz § 125 B. G. B.

[52]) Mit der Annahme wird ja die Ausschlagung und somit auch die Befreiung von der Bindung unmöglich (§§ 1943, 2180).

[53]) Ich habe in § 6 dieser Abhandlung hervorgehoben, dass eine solche Anordnung nicht der Form des § 2271 Abs. 1 bedarf.

[54]) Wenn Küntzel und Hellmann in ihren Kritiken des Strohal'schen Erbrechts betonen, dass der Ueberlebende sich dies vor der Annahme

Erbteils[55]), die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, betrachten und deshalb dem Ueberlebenden die Befugnis zugestehen müssen, auf Grund der §§ 1954[56]) ff; 119 anzufechten[57]). Nach § 166 Abs. 1 kann auch ein Irrtum des gesetzlichen Vertreters bei der Annahme die Anfechtung derselben herbeiführen.

Endlich ist noch zu betonen, dass die Bestimmung des Gesetzes, der Ueberlebende erlange seine Widerrufsfreiheit im Falle der Ausschlagung der von dem Verstorbenen empfangenen Zuwendungen wieder, analog auszudehnen ist auf alle Fälle, in denen die correspective Zuwendung des Verstorbenen im Moment seines Todes unwirksam ist resp. als unwirksam anzusehen ist, also wenn die beiden Gatten etwa, statt das correspective Testament aufzuheben, einen gegenseitigen Erbverzichtvertrag geschlossen haben oder der Ueberlebende dem Erstversterbenden gegenüber erbunwürdig ist und dies geltend gemacht wird, oder aber der Erstversterbende nicht dem Ueberlebenden, sondern einem Dritten die correspective Zuwendung gemacht hat und dieser im Zeitpunkt des Erbfalls ersatzlos weggefallen ist. Dann hat ja der Ueberlebende gleichfalls keinen Vorteil von den Zuwendungen des Verstorbenen, und es kann daher die Unwiderruflichkeit nach dessen Tode ebensowenig eintreten, wie zu seinen Lebzeiten im Fall der Unwirksamkeit seiner Verfügung der andere die Form des § 2271 Abs. 1 hätte beobachten müssen.

hätte überlegen sollen, so reicht dieser Hinweis keineswegs aus um eine Bindung, die sich nicht mehr beseitigen liesse, zu rechtfertigen.

Eine Frist von 6 Wochen ist in vielen Fällen nicht genügend, um sich über den Wert eines Nachlasses klar zu werden; das B. G. B. hat dies ja auch anerkannt, indem es noch nach dieser Zeit eine Beschränkung der Erbenhaftung ermöglicht. -- Auch der Umstand, dass hier der Gatte des Erblassers der Erbe ist, ändert nicht viel an der Sachlage, wenn man bedenkt, wie häufig die überlebende Ehefrau über geschäftliche Dinge, insbesondere über die u. U. auch nicht leicht zu übersehenden Vermögensverhältnisse ihres Mannes, im Unklaren ist.

[55]) Allerdings ist dieser keine Sache im Sinne des § 91; offenbar ist aber der Grundsatz des § 119 Abs. 2 auf alle Gegenstände des Rechtsverkehrs auszudehnen.

[56]) Zu beachten ist auch § 1956.

[57]) Unter Umständen kann der Ueberlebende auch gemäss § 2281, 2078, seine Verfügungen anfechten. Das praktische Ergebnis ist dasselbe wie bei der Anfechtung der Annahme, jedoch ist die Anfechtung auf Grund der §§ 2281 ff. noch möglich, wenn die Frist des § 1954 verstrichen ist. Die andern Unterschiede sind praktisch von geringerer Bedeutung.

Im Gegensatz zu den vielen Fragen, welche sich an die Ausschlagung der correspectiven Zuwendung anreihten, gestaltet sich die Behandlung der beiden andern Resolutivbedingungen der Unwiderruflichkeit verhältnismässig einfach.

Die einschlägigen Bestimmungen des B. G. B. gestatten den Widerruf trotz der Annahme der correspectiven Zuwendung einmal nach Massgabe des § 2294 und des § 2336, zum andern „unter entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 2".

Der Ueberlebende kann also zunächst dann widerrufen, wenn der Bedachte sich einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt, oder falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre (§ 2294). Die einzelnen Verfügungen gibt § 2333 an; nur wenn der Ueberlebende später den Bedachten geheiratet hat, kommt § 2335 in Betracht. Bei der Entziehung sind die Vorschriften des § 2336 zu beobachten[58]). Obwohl der § 2271 Abs. 2 direkt nur auf § 2336 verweist, ist es doch zweifellos, dass auch § 2337 zur Anwendung kommt und demnach das Recht zur Entziehung erlischt resp. ein etwaiger Widerruf ungiltig wird, wenn der Ueberlebende verzeiht. Aus diesem Grunde kann er überhaupt nicht widerrufen, wenn die Verfehlung ihm bereits bei Errichtung des correspectiven Testaments bekannt war, da dann in dem Umstand, dass er ihn trotzdem bedacht hat, in der Regel die Verzeihung liegt.

Die Entziehung kann auch in einem Erbvertrag erfolgen (2299), durch welchen der Ueberlebende über den freigewordenen Teil seines Nachlasses von neuem verfügt[59]). Mit der Entziehung der Zuwendung aus dem correspectiven Testament wird dem Bedachten nicht zugleich ohne weiteres auch der Pflichtteil entzogen, vielmehr muss dies besonders bestimmt sein. Der Ueberlebende kann ferner auch widerrufen, wenn ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines von ihnen (also auch ein einseitiger Abkömmling des Verstorbenen) bedacht ist. Es sind ihm jedoch in diesem Fall nur gewisse Arten von Widerrufsverfügungen, die den Schutz des verschwenderischen oder überschuldeten Abkömm-

[58]) Hat übrigens der Vater, dem die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung bekannt war und dem darum die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte nach § 1701 nicht zustehen, auch nicht das Recht der Entziehung des Pflichtteils?

[59]) A. A. anscheinend Planck, Anm. 2c zu § 2289.

lings bezwecken, gestattet[60]); die näheren Voraussetzungen ergibt § 2338.

Der Widerruf im Sinn des Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 des § 2271 ist kein solcher, der nach § 2270 Abs. 1 die Unwirksamkeit der Verfügungen des Verstorbenen zur Folge hat. Der Wille der Gatten lässt darüber keinen Zweifel[61]); es verbleiben daher alle Vorteile aus dem Testament des Verstorbenen dem Ueberlebenden.

Der Eintritt dieser beiden Resolutivbedingungen hat zwar keine rückwirkende Kraft; trotzdem erlangen aber vorher erfolgte Widerrufsverfügungen Giltigkeit. Ich habe schon oben aus § 2289 den Satz abgeleitet, dass diese nur insoweit unwirksam sind, als der Erbvertrag unwirksam wird und daher durch dessen Unwirksamwerden giltig werden.

4. Sehr rasch wird sich auch die Frage erledigen, in welcher Form der Widerruf nach dem Tod des Erstversterbenden zu erfolgen hat. Von vornherein scheiden hier die soeben besprochenen Fälle des Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 des § 2271 aus, für die besondere Vorschriften gelten, sodass hauptsächlich der Fall der Ausschlagung übrig bleibt. Nach Cosack[62]) muss der Widerruf durch Errichtung eines neuen Testaments des positiv testierfähigen Ueberlebenden erfolgen; er folgert dies daraus, dass das Gesetz nur die „Aufhebung" erlaube, welche etwas anderes sei als der „Widerruf" der §§ 2253 ff. Dies ist jedoch innerlich keineswegs begründet und steht auch in Widerspruch mit der Terminologie des B. G. B. (vgl. § 2255 und die Ueberschrift des siebenten Titels). Es reicht daher, wie Planck mit Recht bemerkt, zur „Aufhebung" nach dem Tod des Erstversterbenden negative Testierfähigkeit aus. Regelmässig wird die Aufhebung in der Form des § 2254 erfolgen, indessen ist auch eine Aufhebung nach 2255 rechtlich mög-

[60]) Der Ueberlebende kann den einseitigen Abkömmling des Erstversterbenden auch dann nach § 2271 Abs. 3 beschränken, wenn dessen Pflichtteilsanspruch gegen diesen bereits verjährt ist (§ 2342); für einseitige Abkömmlinge des Erstversterbenden ist für die Pflichtteilsberechtigung der Zeitpunkt des Todes desselben entscheidend.

Uebrigens erscheint die Verweisung in § 2271 Abs. 3 auf § 2289 Abs. 2 anstatt direkt auf § 2338, insofern dadurch nicht etwa zu weiterer analoger Anwendung der für den Erbvertrag geltenden Sätze aufgemuntert werden soll, als überflüssig.

[61]) Das Gesetz vermeidet auch den Ausdruck „Widerruf" und verwendet statt dessen den allerdings sachlich gleichbedeutenden „Aufhebung".

[62]) a. a. O. II S. 643.

lich[63]), sie wird jedoch, da das Nachlassgericht des Erstversterbenden das gemeinschaftliche Testament zu verwahren hat, sehr selten sein. Das Gleiche gilt auch für die Aufhebung nach § 2256. § 2272 stellt lediglich eine Sollvorschrift dar, daher hat seine Nichtbeobachtung nicht zur Folge, dass der Widerruf nichtig ist[64].

5. Endlich folgt noch aus der Fassung des § 2271 Abs. 2 und 3 bezüglich der Verteilung der Beweislast, dass diese denjenigen trifft, welcher in rechtserheblicher Weise geltend macht, der Ueberlebende habe seine correspectiven Verfügungen nach dem Tod des Erstverstorbenen wirksam widerrufen.

III. Damit dürfte die Vorschrift des § 2271 Abs. 2 genügend erörtert sein. Ehe ich jedoch diesen Gegenstand endgiltig verlasse, muss ich noch auf einen Punkt aufmerksam machen. Nach den bisherigen Darlegungen kann darüber kein Zweifel bestehen, dass das Prinzip der Unwiderruflichkeit nach dem Tod des Erstversterbenden lediglich Ausfluss des Willens der Gatten ist und daher nur insoweit zur Anwendung gelangen kann, als es nicht mit diesem in Widerspruch steht. Daraus folgt, dass die Unwiderruflichkeit überhaupt nicht eintritt, insoweit dies die Gatten in dem correspectiven Testament bestimmt haben[65]), ja sogar (da die Unwiderruflichkeit nur zum Schutze der Interessen des Erstversterbenden angeordnet ist), insoweit dieser in einer einseitigen letztwilligen Verfügung, welche selbstverständlich nicht der Form des § 2271 Abs. 1 bedarf, dem Ueberlebenden die Freiheit des Widerrufs eingeräumt hat. Andrerseits sind aber auch die Ausnahmen von dem Prinzip der Unwiderruflichkeit als lediglich auf dem Willen der Gatten beruhend anzusehen, und deshalb können diese auch bestimmen, dass mit dem Tod des Erstversterbenden die Unwiderruflichkeit ohne jeden Ausnahmefall eintreten soll[66]), ebenso wird auch die Vorschrift des § 2271 Abs. 2 S. 2 dann eine analoge Erweiterung zu erfahren haben, wenn ein entsprechender Wille der Gatten vorliegt, resp. aus den Umständen zu entnehmen ist[67]).

---

[63]) A. A. Planck, Anm. IV 1c zu § 2271; vgl. auch § 3 II dieser Abhandlung.

[64]) Vgl. die vorhergehende Anm.

[65]) Planck, Anm. IV 3a zu § 2271, Frommhold, Anm. 5 eod.

[66]) Vgl. Frommhold, a. a. O.

[67]) Welche Fälle hier hauptsächlich in Betracht kommen, wird der folgende (letzte) Paragraph dieser Abhandlung ergeben.

§ 8.

B. Der besondere Fall des § 2269 (insbes. das gemeinschaftliche Testament mit Letzterbeneinsetzung.)

I. Einer der Hauptanwendungsfälle des gemeinschaftlichen Testaments ist der, dem der § 2269[1]) gewidmet ist. Im bisherigen Recht haben sich daran eine Reihe von Constructionsversuchen und zahllose Streitfragen geknüpft. Ehe ich auf einige derselben näher eingehe, will ich versuchen, die Gedanken und den Willen der beiden Ehegatten bei Errichtung eines solchen Testaments kurz zu skizzieren.

Die beiden Gatten haben zu ihrer beider Lebzeiten ihr Vermögen — einerlei ob rechtlich allgemeine Gütergemeinschaft bestand oder nicht — stets als ein einheitliches betrachtet und demgemäss auch verwaltet.

Durch den Tod des erstversterbenden Gatten soll nun eine Aenderung in diesem Verhältnis nicht eintreten, es soll vielmehr der bisherige Zustand erhalten bleiben, der Ueberlebende also in dieselbe Lage versetzt werden, in der er sich bisher u. T. thatsächlich (nicht rechtlich) befand, nämlich: über das ganze beiderseitige Vermögen unter Lebenden völlig frei verfügen zu können. Erst mit dem Tod des Ueberlebenden soll dann eine Auseinandersetzung stattfinden, und zwar ist diese meist in der Weise gedacht, dass das gemeinsame Vermögen ohne Rücksicht, ob es von dem einen oder dem anderen Gatten herrührt, den im gemeinschaftlichen Testament be-

[1]) Derselbe lautet:

Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, dass nach dem Tode des Ueberlebenden der beiderseitige Nachlass an einen Dritten fallen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Dritte für den gesamten Nachlass als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist.

Haben die Ehegatten in einem solchen Testament ein Vermächtnis angeordnet, das nach dem Tode des Ueberlebenden erfüllt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Vermächtnis dem Bedachten erst mit dem Tode des Ueberlebenden anfallen soll."

Es wird jedoch zunächst lediglich der Abs. 1 betrachtet; eine Untersuchung des Abs. 2 folgt dann am Schlusse des Paragraphen.

stimmten Personen[2]) zufällt, bisweilen allerdings in Bruchteilen, die bewusst an das Verhältnis der beiderseitigen Vermögensmassen erinnern.

Es liegt hier offenbar derselbe Gedanke zu Grunde, wie bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft oder besser: derjenigen Gestaltung der Rechtsverhältnisse bei der allgemeinen Gütergemeinschaft nach dem Tod eines Gatten, nach welcher der Ueberlebende Alleineigentümer wird, aber in gewisser Hinsicht (besonders auch bei Verfügungen von Todeswegen) gebunden bleibt durch die Erbrechte der Kinder[3]).

Auch hier soll der seitherige Zustand nach dem Tod eines Gatten möglichst fortbestehen; die Beerbung ist suspendiert bis zum Tod des Ueberlebenden. Gerade deshalb sind auch Testamente im Sinne des § 2269 dann häufig, wenn unter den Gatten allgemeine Gütergemeinschaft besteht, aber wegen des Fehlens von Abkömmlingen der Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach dem Tod eines Gatten ausgeschlossen erscheint, also kurz ausgedrückt, bei unbeerbter Ehe[4]).

Auf vier[5]) Arten hat man versucht, diesen Willen der Ehegatten, dass nämlich der Ueberlebende im unbeschränkten Genuss des ganzen Vermögens verbleiben, und erst mit seinem

[2]) Z. B. gemeinsamen Abkömmlingen oder sonstigen gemeinsamen Verwandten oder auch — ein sehr häufiger Fall — je zur Hälfte den beiderseitigen Verwandten.

Ich verwende übrigens für diese Personen den Ausdruck „Letzterben", weil sie als Erben des letztversterbenden Gatten eingesetzt sind; der im bisherigen Recht bisweilen benutzte Ausdruck „Nacherben" ist wegen der noch zu entwickelnden Construction des § 2269 und der §§ 2100 ff. fürderhin für unsern Zweck unbrauchbar.

[3]) Diese letztere Gestaltung der Dinge ist übrigens von der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht allzu sehr verschieden; vgl. hierzu besonders Stobbe-Lehmann, „Handbuch des deutschen Privatrechts" IV S. 297 ff.

[4]) Kein Geringerer als Cornelis van Bynkershoek (Quaest. jur. priv. L III c 10) hat die Analogie mit der fortgesetzten Gütergemeinschaft zuerst erkannt und — allerdings ohne Erfolg — bei der juristischen Construction zu verwerten gesucht.

[5]) Ich habe im folgenden nur die wichtigsten Constructionen hervorgehoben. Weggelassen sind vor allem diejenigen, die von einer falschen Auffassung des ehelichen Verhältnisses oder der ehelichen Gütergemeinschaft ausgehen, in früherer Zeit jedoch viele Anhänger gefunden haben.

Vgl. übrigens noch Beseler Deutsches Privatrecht IV S. 671 Anm. 9: „Nach dem Prinzip der ehelichen Gütergemeinschaft lässt sich die Ansicht rechtfertigen, dass eine solche gemeinsame Verfügung der Gatten über das Ehevermögen (sc. wonach gewisse Dritte nach des Ueberlebenden

Tode dieses an dritte Personen fallen, also die eigentliche Beerbung eintreten soll, juristisch zu formulieren.

Nach der ersten Construction testiert jeder Gatte für den Fall seines Vorabsterbens in der Weise, dass er den andern zum Erben einsetzt und ihm zugleich das Universalfideikommiss auferlegt, das ererbte Vermögen mitsamt seinem eigenen nach seinem Tode an gewisse dritte Personen herauszugeben. Demnach hat der Ueberlebende auch hinsichtlich seines eigenen Vermögens lediglich die Stellung eines Fiduziarerben, und jene dritten Personen sind nur Universalfideikommissare des Erstverstorbenen; eine Beerbung des Ueberlebenden in juristischem Sinn tritt überhaupt nicht ein. Schon diese Consequenzen lassen jene Construction als wenig ansprechend erscheinen. Dass sie aber völlig unhaltbar ist, ergibt sich daraus, dass sie den Einfluss der auf den Nachlass beschränkten Erbenhaftung gegenüber den Nachlassverbindlichkeiten völlig ignoriert.

Vertreten wird sie von einer Reihe älterer Schriftsteller des gemeinen Rechts[6]). Für das preussische Recht steht insbesondere Koch[7]) auf diesem Standpunkt.

Nach der zweiten Construction beruft jeder Gatte für den Fall seines Vorabsterbens den andern als Erben (Vorerben) und jene dritten Personen als Universalfideikommissare (Nacherben), ausserdem setzt er diese noch für den Fall seines Ueberlebens als Vulgarsubstituten (Ersatzerben) ein. Es liegt hier also eine eigenartige Verbindung von Vulgar- und fideikommissarischer Substitution vor. Die Gatten testieren lediglich über ihr eigenes Vermögen und zwar trifft jeder drei Verfügungen, von denen aber entweder nur die erste und zweite, oder aber die dritte zur Realisirung gelangen, da sie von entgegengesetzten Bedingungen abhängig gemacht sind.

Tode dieses erhalten sollen) als von einer Person ausgegangen zu betrachten ist."

Diese Auffassung des in Gütergemeinschaft lebenden Ehepaares als einer juristischen Person, die sowohl unter Lebenden als auch von Todeswegen über ihr Vermögen einheitlich verfüge, ist heute so allgemein als unrichtig erkannt und aufgegeben, dass ein weiteres Eingehen auf die Ansicht Beselers nicht nötig erscheint.

[6]) Vgl. insbesondere Glück, (Erläut. zu den Pandekten B. XXXV S. 69) und Mühlenbruch (bei Glück B. XXXVIII. S. 232 ff.).

[7]) „Das preussische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Recht entwickelt" S. 666.

Diese Ansicht ist für das preussische Recht geradezu als die herrschende anzusehen[8]) und auch in der neueren gemeinrechtlichen Theorie[9]) und Praxis[10]) hat sie Anhänger gefunden.

Selbst wenn man jedoch ein Universalfideikommiss eius quod supererit annimmt, den Ueberlebenden also möglichst günstig stellt und den bedachten dritten Personen ein erst mit des Ueberlebenden Tode vererbliches Recht zuweist[11]), befriedigt diese Theorie doch nicht recht, weil sie der von den Gatten gewollten Einheitlichkeit des Vermögens nicht genügend Rechnung trägt; insbesondere entstehen Schwierigkeiten dann, wenn die Gatten ohne Rücksicht auf die Herkunft des Vermögens dieses für den Fall des Todes des Letztversterbenden verteilt haben.

Von diesen Nachteilen ist frei die dritte Construction. Das Problem ist hier in der Weise gelöst, dass jeder Gatte für den Fall seines Vorabsterbens den andern, für den Fall aber, dass er zuletzt verstirbt, gewisse dritte Personen (die „Letzterben") als Erben einsetzt. Es werden also von diesen 4 Verfügungen immer nur 2 wirksam, je eine von jedem Ehegatten. Die eingesetzten dritten Personen werden lediglich Erben des Ueberlebenden.

Diese Construction ist nicht, wie Löwenwald[12]) behauptet, zum ersten Male in der vielbesprochenen Reichsgerichtsentscheidung vom Jahre 1890[13]) aufgestellt worden, sondern sie ist viel älter. Bereits in einem 1829 erschienenen Aufsatz von Hasse[14]) wird sie als diejenige eines nicht näher bezeichneten erstinstanzlichen Gerichts angedeutet. Sie findet sich dann weiter bei André[15]), Göz[16]) und Köppen[17]).

Diese Theorie hat unleugbar grosse Vorzüge, andrerseits wird sie aber dem Willen der Ehegatten insofern doch nicht

[8]) Entsch. d. O. Tr. B. 18 S. 35 ff., B. 23 S. 193ff.; Dernburg P. Pr. R. III S. 495 Anm. 7; Förster-Eccius IV § 257 Anm. 34.

[9]) Dernburg Pand. III S. 189 Anm. 7.

[10]) Vgl. die Citate von Entscheidungen in Seuff. Arch. bei Löwenwald, a. a. O. S. 71 Anm. 3.

[11]) Vgl. § 2108 B. G. B.

[12]) a. a. O. S. 70/71.

[13]) Entsch. d. R. G. 27 Nr. 34 (S. 150).

[14]) Rheinisches Museum f. Jurisprudenz III S. 250ff. insbes. S. 256. Durch diesen Aufsatz ist übrigens die ganze Lehre vom gemeinschaftlichen Testament wieder von neuem in Fluss gekommen.

[15]) Magazin f. Hannover. Recht B. IX S. 40ff (1859).

[16]) Archiv f. d. civil. Praxis B. 54 S. 174ff (1871).

[17]) „Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts" S. 560 ff. (1888).

ganz gerecht, als die eingesetzten dritten Personen doch eben **nur** Erben des Ueberlebenden werden, und demnach alle erbrechtlichen Verhältnisse sich lediglich nach dessen Person bestimmen. Es ist dies ein Punkt, der, soviel ich sehen kann, in der Litteratur fast gar keine Beachtung gefunden hat und doch resultieren daraus eine Reihe von nicht immer leicht und einfach zu beseitigenden Schwierigkeiten.

Die vierte Art der juristischen Formulierung des Willens der Ehegatten geht aus von der oben entwickelten Analogie der Gütergemeinschaft mit Alleineigentum des Ueberlebenden und bis zu dessen Tod suspendierter Erbfolge der Abkömmlinge. Sie gibt uns keine eigentliche juristische Construction, sondern sie umgeht das Problem durch Aufstellung einer Fiction. Zuerst findet sich eine solche in Steuergesetzen[18]). Ich verweise hier auf Art. 26 des preussischen Erbschaftssteuergesetzes vom 30. Mai 1873, ebenso auf dessen Nachbildung, den Art. 25 des hessischen Erbschaftssteuergesetzes vom 30. August 1884. Der Art. 26 S. 2 und 3 des cit. preussischen Gesetzes lautet:

„Haben Ehegatten in einer gemeinschaftlich letztwilligen Verfügung Verwandte des einen oder beider Gatten zu Erben eingesetzt oder mit Zuwendungen bedacht und bleibt zweifelhaft, von welchem der beiden Gatten der Anfall erfolgt ist, so wird angenommen, dass der Anfall von dem dem Steuerpflichtigen am nächsten verwandten Ehegatten erfolgt sei, soweit der Nachlass des letzteren reicht. Kann der Betrag des Nachlasses des zuerst verstorbenen Ehegatten nicht ermittelt werden, so ist derselbe behufs Verrechnung der Steuer auf die Hälfte des beim Tode des letztlebenden Gatten vorhandenen Vermögens anzunehmen."

Eine ähnliche Formulierung findet sich ferner bei Mommsen[19]), die jedoch nicht mit Unrecht von den Motiven (V. S. 377 ff.) getadelt wird. Auch die Fassung dieses Gedankens bei O. Bähr[20]) ist nicht ganz einwandfrei, wenn auch weit besser als die Mommsen'sche Fassung. Die einschlägige Bestimmung bei Bähr lautet:

„Die in einem gemeinschaftlichen Testament angeordneten Zuwendungen an Dritte gelten diesen als von demjenigen der

[18]) Inwiefern die Frage der juristischen Formulierung auch für Steuergesetze als Objekt rechtlicher Normierung in Betracht kommen kann, werden die sofort zu besprechenden Bestimmungen des cit. preussischen Gesetzes sowie die späteren Erörterungen noch ergeben.

[19]) „Entw. eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht" (1876).

[20]) „Gegenentw. zum Entw. I d. B. G. B." § 1738.

Gatten hinterlassen, dem nach den obwaltenden Verhältnissen der Dritte am nächsten stand.

Wo ein solches Verhältnis nicht zu ermitteln ist, gilt das Zugewendete als von beiden Gatten hinterlassen."

So beachtenswert meines Erachtens dieser Weg de lege ferenda ist, so schwer ist es auch, eine befriedigende Fassung des Gedankens zu finden. Bis jetzt ist die Lösung dieses Problems noch nicht gelungen. Für unsere Betrachtungen scheidet darum diese Construction im wesentlichen aus, zumal ja ganz offenbar das B. G. B. nicht diese, sondern die dritte der erwähnten Constructionen in § 2269 zu der seinigen gemacht hat.

Im folgenden soll nunmehr die Vorschrift des § 2269 im einzelnen genauer geprüft werden[21]).

Zunächst verdient die Frage, inwieweit die in einem gemeinschaftlichen Testament nach § 2269 enthaltenen Verfügungen zu einander im Verhältnis der Correspectivität stehen, eine kurze Untersuchung[22]). Der Interpretationsregel des § 2270 Abs. 2 gemäss, von der ich früher bereits nachgewiesen habe, dass sie dem Willen der Ehegatten vollkommen entspricht, ist correspectiv einmal die gegenseitige Erbeinsetzung der Gatten[23]), zum andern die Erbeinsetzung des Gatten A durch B mit der von A für den Fall seines Ueberlebens verfügten Einsetzung der dem B nahestehenden Personen als Letzterben und umgekehrt. Nicht correspectiv sind jedenfalls die von beiden Gatten je für den Fall des Ueberlebens erfolgten Zuwendungen an die eigenen Verwandten oder Freunde.

Es macht also die Nichtigkeit und der Widerruf der Erbeinsetzung des B als Erben des A die beiden Verfügungen des ersteren unwirksam und umgekehrt; werden jedoch von einem solchen Ereignis nur die Verfügungen des einen Gatten

---

[21]) Es erscheint dies umso notwendiger, als z. B. die Erläuterungen Frommhold's zu diesem Paragraphen meinem Empfinden nach die erforderliche Klarheit sehr vermissen lassen. Einmal wird da bemerkt, der bedachte Dritte gelte i. Zw. a u c h als Erbe des Ueberlebenden eingesetzt, in dem zweitfolgenden Satz dagegen heisst es, n u r der zuletzt versterbende Gatte werde beerbt. Dem Zusammenhang nach scheint auch nicht etwa blos ein Druckfehler vorzuliegen.

[22]) Gerade dies ist wegen der §§ 2270, 2271 sehr wichtig, und doch ist es bis jetzt wenig beachtet worden. Vgl. hierzu auch einerseits Hartmann a. a. O. S. 142 ff. und die dort Citirten, andrerseits Griesinger, „Kommentar z. Herzogl. Wittenb. Landrecht" V S. 203 ff.

[23]) Im folgenden mit A und B bezeichnte.

zu Gunsten seiner eigenen Verwandten betroffen, so hat das auf die Verfügung des andern keinen Einfluss.

Ferner scheint sich aus § 2270 Abs. 2 zu ergeben, dass die Nichtigkeit oder der Widerruf der für den Fall seines Ueberlebens von dem einen Gatten (A) statuierten Erbeinsetzung der Verwandten des andern (B) nur die durch diesen (B) verfügte Erbeinsetzung des ersteren (A) unwirksam macht, während die Letzterbeneinsetzung der dem ersteren (A) nahestehenden Personen durch den letzteren (B) in Kraft bliebe[24]), obwohl dies offenbar dem Willen B's in keiner Weise entsprechen würde. Ich habe jedoch schon früher ausgeführt[25]), dass auch die Verfügungen des einen Gatten zu Gunsten der Verwandten des andern und die entsprechende Verfügung dieses Gatten i. Zw. im Verhältnis der Correspectivität stehen, so dass das obige Resultat vermieden wird.

Demnach ist jede der beiden Verfügungen des einen Gatten correspectiv den Verfügungen des andern.

Es sei jedoch nochmals betont, dass davon ausgenommen sind Verfügungen zu Gunsten der eigenen Angehörigen, die also insbesondere auch nach dem Tod des andern Gatten völlig frei widerrufen oder abgeändert werden können[26]). Dagegen sind correspectiv und darum vom Tode des Erstversterbenden ab unwiderruflich Verfügungen zu Gunsten der gemeinsamen Kinder.

2. Nunmehr handelt es sich für uns darum, die einzelnen Consequenzen aus der Construction des § 2269 B. G. B. zu ziehen, und zwar zunächst diejenigen, welche sich bereits bei dem ersten Erbfall (dem Tod des erstversterbenden Gatten) ergeben.

a) Sehr einfach erledigt sich die im bisherigen Recht sehr umstrittene Frage, wann die nach dem Tod des Ueberlebenden eingesetzten dritten Personen (die Letzterben) ein vererbliches Recht erlangen. Nach dem Satze „hereditas viventis non datur" kann von einem solchen nicht schon beim ersten Erbfall, sondern erst vom Tode des Ueberlebenden ab die Rede sein. Im preussischen Recht insbesondere wurde auf Grund der oben als zweite aufgeführten Construction behauptet, das Recht der Nacherbfolge bezüglich des Nachlasses des Erstversterbenden vererbe sich schon bei dem ersten

[24]) Das Gleiche gilt natürlich für den umgekehrten Fall.

[25]) § 5 dieser Abhandlung, letzter Absatz.

[26]) Stobbe, „Deutsches Privatrecht" V S. 258 und Rehbein, „Entsch. d. preuss. Obertribunals" IV S. 305.

Erbfall[27]), während das Erbrecht gegenüber dem Ueberlebenden erst von dessen Tod an transmittiert werden könne. Hiernach konnte also die eine Erbfolge sich realisieren, die andere nicht, was jedenfalls mit der beabsichtigten Einheitlichkeit des Vermögens nicht im Einklang stand. — Aus der Construction des § 2269 bezw. dem soeben Gesagten folgt auch, dass ein Verkauf der Erbschaft durch den „Letzterben" vor dem Tod des Ueberlebenden nach § 312 nichtig und eine Uebertragung des Miterbenanteils (§ 2033) gleichfalls erst von diesem Zeitpunkt ab möglich ist.

b) Der Letzterbe ist, wie erwähnt, von jedem Gatten nur für den Fall als Ersatzerbe eingesetzt, dass der andere zuerst verstirbt, dem Willen der Gatten entspricht es jedoch[28]), ihn auch dann als Ersatzerben des Erstversterbenden anzusehen, wenn der Ueberlebende wegen Erbunwürdigkeit nicht Erbe werden kann oder die Erbschaft ausschlägt. Indessen kann diese Ausdehnung doch nur dann eintreten, wenn der Letzterbe mit dem Erstversterbenden verwandt ist oder ihm sonst nahe steht, nicht aber, wenn er lediglich mit Rücksicht auf den Ueberlebenden eingesetzt ist.

Von praktischer Bedeutung ist dieser Satz namentlich in dem Fall, wenn der Letzterbe ein Freund des Erstversterbenden oder sonst eine Person ist, die kraft gesetzlicher Erbfolge nichts von diesem erhalten würde.

Welche Folgen ergeben sich aus der Construction des § 2269 Abs. 1 dann, wenn der oder die „Letzterben" nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangen?[29])

c) In der Litteratur des B. G. B.[30]) ist bereits als Consequenz des § 2269 aufgeführt worden, dass ein als „Letzterbe" eingesetzter, pflichtteilsberechtigter Angehöriger des Erstverstorbenen bei dessen Tod den Pflichtteil verlangen könne, ohne dass er darum in seiner unwiderruflich gewordenen Stellung als Erbe des Ueberlebenden irgendwie beeinträchtigt werde, da er ja überhaupt nicht Erbe des Erstverstorbenen werde.

---

[27]) Vgl. auch B. G. B. § 2108.

[28]) Vgl. auch § 2097 B. G. B. Unter Umständen wird aber dem ausschlagenden Gatten doch der gesetzliche Erbteil verbleiben müssen.

[29]) Diese Frage hätte ebenso wie die folgende (auf die Erbunwürdigkeit des Letzterben gegenüber dem Erstversterbenden bezügliche), an sich auch im Anschluss an die Lehre von der Unwiderruflichkeit im vorhergehenden Paragraphen erörtert werden können. Da beide jedoch hauptsächlich im Fall des § 2269 praktisch bedeutsam werden, habe ich es für besser gehalten, sie erst hier zu behandeln.

[30]) Vgl. Wilke, Anm. 4 zu § 2269 und Planck, Anm. 2c r eod.

Nun ist dagegen, dass der Letzterbe beim Tod des Erstverstorbenen sich nicht mit der Letzterbeneinsetzung zu begnügen braucht, sondern seinen Pflichtteil fordern kann, nichts zu erinnern[31]). Höchst ungerecht und keineswegs dem Willen der Gatten entsprechend[32]) scheint es aber zu sein, wenn er seinen Pflichtteil fordern und trotzdem unwiderruflicher Erbe des Ueberlebenden bleiben kann. Ich habe früher bereits ausgeführt, dass nach der Auffassung der beiden Gatten beim Tod des Erstversterbenden eine Beerbung überhaupt nicht stattfindet, sondern diese suspendiert bleibt bis zum Tod des Ueberlebenden. Eine Verkürzung des Erbrechtes oder gar des Pflichtteilsrechtes der als „Letzterben" eingesetzten Personen ist durchaus nicht beabsichtigt, vielmehr sind sie ja gerade im Sinne der Ehegatten die einzigen Erben.

Gegen jene Consequenz spricht ferner auch die von mir früher schon betonte Analogie der fortgesetzten Gütergemeinschaft (wo beim Tode des Erstversterbenden dessen Anteil am gütergemeinschaftlichen Vermögen überhaupt nicht zum Nachlass gehört und demnach die gemeinschaftlichen Abkömmlinge insoweit einen Pflichtteilsanspruch nicht besitzen; § 1483) und der „Nacherbeinsetzung auf den Ueberrest" (wo die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Verzicht auf die Nacherbeinsetzung bedingt ist; § 2306)[33]).

Es kommt hinzu, dass, wenn die oben ausgesprochene Consequenz wirklich richtig wäre, die Geltendmachung des Pflichtteilsrechtes durch einen scrupellosen Berechtigten geradezu zum Zweck der Schädigung der andern Familienmitglieder erfolgen würde.

Der Pflichtteilsberechtigte würde zunächst mit der Erhebung seines Anspruchs warten, bis der Ueberlebende die Erbschaft des Verstorbenen angenommen und damit dessen

[31]) Eine analoge Ausdehnung des § 2306 Abs. 2 erscheint keineswegs gerechtfertigt. Es besteht zwar eine gewisse Verwandtschaft des „Letzterben" mit dem „Nacherben", indessen ist des letzteren Stellung, selbst wenn er „auf den Ueberrest eingesetzt" ist, doch weit günstiger; vgl. insbesondere die §§ 2113 Abs. 2, 2115 mit § 2287. — Ausserdem ist ja die Zuwendung an den „Letzterben" nach der Construction des § 2269 überhaupt nicht vom Erstversterbenden gemacht, sodass er von diesem, rein juristisch betrachtet, überhaupt nichts erhalten hat.

[32]) A. A. Planck a. a. O.

[33]) Es kann jedoch (den Grund hierfür habe ich bereits in Anm. 31 angegeben) nicht an eine analoge Anwendung der für diese geltenden Bestimmungen gedacht werden; auf welche Weise vielmehr Abhilfe zu schaffen ist, werde ich später zeigen.

Verfügung zu seinen Gunsten (die „Letzterbeneinsetzung") unwiderruflich geworden ist[34]). An die Möglichkeit, den Pflichtteilsberechtigten vorher zu einem Erlass nach § 397[35]) zu bewegen, wird der Ueberlebende in der Regel nicht denken. Ein Pflichtteilsberechtigter würde sodann aber auch etwaige andere Berechtigte schädigen können, indem er seinen Anspruch in der Weise geltend machte, dass jene ihm dies nicht nachmachen könnten (etwa kurz vor der Verjährung) und damit trotz der prinzipiell gleichen Rechtsstellung infolge seiner hinterlistigen Handlungsweise weniger erhielten. Im bisherigen preussischen Recht hat man diese Ungerechtigkeit auch empfunden[36]) und auf verschiedene Weise zu beseitigen versucht. Förster nahm an, die Zuwendung an die Dritten sei unter der Bedingung erfolgt, dass sie nicht vorher den Pflichtteil verlangt hätten[37]). Andere[38]) führten aus, der vollbefriedigte Pflichtteilsberechtigte könne die aus Rücksicht auf den letzten Willen des erstverstorbenen Gatten eintretende Gebundenheit des Ueberlebenden nicht geltend machen, da er selbst den letzten Willen des Erstverstorbenen nicht respektiere.

Meines Erachtens ist keiner dieser Gründe durchschlagend. Die richtige Erwägung, die von mir bereits früher angedeutet worden ist[39]), ist vielmehr die folgende:

Die nach dem Tode des Erstversterbenden eintretende Unwiderruflichkeit der Verfügungen des Ueberlebenden beruht

---

[34]) Eine Anfechtung der Erbschaftsannahme auf Grund von § 119 ist regelmässig nicht möglich. Der Pflichtteilsanspruch ist bereits mit dem Erbfall entstanden, und der Ueberlebende wusste dies auch. Er hat sich darum nicht in einer wesentlichen Eigenschaft der Erbschaft, sondern in einer Voraussetzung (sc. der Pflichtteilsanspruch werde nicht geltend gemacht werden) geirrt.

[35]) Vgl. darüber, dass der Pflichtteilsanspruch nicht „ausgeschlagen" werden kann, wie dies Endemann a. a. O. III § 128 Anm. 4 will: Frommhold, Anm. 2 zu § 2317.

[36]) Auch wenn man dort, wo man ja meist der zweiten der zu Anfang dieses Abschnittes aufgeführten Constructionen folgte, eine dem § 2306 Abs. 2 entsprechende Vorschrift gehabt hätte, wäre jene Härte dennoch, wenn auch in minderem Masse, zu Tage getreten, indessen kann dies hier nicht näher ausgeführt werden.

[37]) Eine solche „stillschweigende Bedingung" will übrigens auch Planck-Ritgen (a. a. O.) für das B. G. B. unter besonderen Umständen gelten lassen.

[38]) Entsch. d. O. Trib. B. 52 S. 161ff. und im Anschluss hieran Eccius a. a. O. IV § 257 Anm. 46.

[39]) Vgl. die Erläuterung bei Anm. 60 des vorigen Paragraphen.

nicht auf einer starren, keine Ausnahme zulassenden Rechtsnorm, sondern ist ein Ausfluss des letzten Willens des Erstverstorbenen. Auch das B. G. B. hat dies anerkannt, indem es sogleich im Anschluss an den Grundsatz der Unwiderruflichkeit Ausnahmen von diesem statuierte (§ 2271 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3), die nicht rein willkürliche sind, sondern zurückgehen auf ein allgemeineres Prinzip, welches besagt, dass die Gebundenheit des Ueberlebenden als Ausfluss des letzten Willens des Verstorbenen in den Fällen nicht eintritt, in denen sie diesem nicht entspricht. Einen solchen Fall muss man aber meiner Ansicht nach auch dann anerkennen, wenn der „Letzterbe" den Pflichtteil verlangt, so dass dann also dem Ueberlebenden der Widerruf resp. die „Aufhebung" (§ 2271 Abs. 2) freisteht und zwar, wie auch bei den beiden andern Ausnahmen (§ 2271 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3), ohne dass er in diesem Fall den Nachlass des Verstorbenen gemäss § 2270 Abs. 1 herausgeben muss[40]).

d) Zu einem ähnlichen Ergebnis wird man auch in dem bereits mehrfach erwähnten Fall, dass der Letzterbe sich dem Erstversterbenden gegenüber erbunwürdig gezeigt, gelangen müssen.

Da nach der Construction des § 2269 die sog. „Letzterben" nur Erben des Ueberlebenden sind, so kommt grundsätzlich auch nur eine Erbunwürdigkeit diesem gegenüber, nicht aber eine solche gegenüber dem Erstverstorbenen in Betracht. Andrerseits ist aber doch in diesem letzteren Fall nicht der geringste Grund vorhanden, den Ueberlebenden an die nur mit Rücksicht auf den Erstverstorbenen erfolgte Letzterbeneinsetzung zu binden. Nun ist ja zweifellos bis zu einem gewissen Grade schon zu helfen durch eine nicht allzu ängstliche Interpretation der Gründe, welche den Ueberlebenden zur Aufhebung seiner Verfügung berechtigen, zumal ja § 2333, auf den § 2271 Abs. 2 S. 2 verweist, fast regelmässig auch eine Verletzung des Ehegatten derjenigen des Erblassers selber gleichstellt. Aber mit diesen decken sich die Erbunwürdigkeitsgründe nicht völlig, insbesondere werden nicht unter den

[40]) Ausserdem könnte in diesem wie in dem nunmehr zu erörternden Fall der Erbunwürdigkeit der Letzterben gegenüber dem Erstversterbenden an eine Anfechtung durch den Ueberlebenden auf Grund der §§ 2281, 2078 gedacht werden. Da jedoch der oben eingeschlagene Weg, insbesondere auch hinsichtlich der Consequenzen vollkommen befriedigt, sehe ich von einem Eingehen auf diesen Gedanken ab.

§ 2333[41]) fallen die deliktischen Handlungen des Letzterben gegen die Testierfreiheit des Erstversterbenden. Man wird hier ebenso wie in dem vorigen Fall als dem Willen des Erstverstorbenen entsprechend eine Ausnahme von dem Prinzip der Unwiderruflichkeit eintreten lassen müssen. Auch hier hat die demgemäss erfolgte „Aufhebung" der Verfügungen des Ueberlebenden nicht nach § 2270 Abs. 1 die Unwirksamkeit der vom Erstversterbenden angeordneten Erbeinsetzung des Erstversterbenden zur Folge. Eventuell wäre auch an eine analoge Anwendung des § 162 Abs. 2 B. G. B. zu denken[42]).

e) Wir haben sodann noch den Einfluss der Construction des § 2269 auf die Berechnung der Erbschaftssteuer zu untersuchen[43]).

Diese ist (soweit der Erwerb vom Ehegatten ihr überhaupt unterliegt) beim Tode des Erstversterbenden zu entrichten und dann nochmals beim Tode des Ueberlebenden. Das Vermögen des Erstverstorbenen wird sonach zweimal versteuert[44]). Eine doppelte Besteuerung dieser Art ist an sich ungerecht. Wirtschaftlich betrachtet, liegt beim Tod des Erstversterbenden eine Beerbung überhaupt nicht vor, da das Vermögen in derselben Wirtschaftseinheit verbleibt[45]). In den deutschen Staaten besteht eine derartige doppelte Besteuerung auch gar nicht, da der auf Verfügungen von Todeswegen beruhende Erwerb vom Ehegatten einer Steuer nicht unterliegt. Sollte indessen hierin einmal eine Aenderung eintreten, so müsste meines Erachtens dafür Sorge getragen werden, dass eine solche Doppelbesteuerung vermieden wird.

---

[41]) Sofern nicht etwa Z. 3 oder 5 des § 2333 zutrifft; beachte aber auch § 2336 Abs. 4.

[42]) Führt der im correspectiven Testament eingesetzte Letzterbe den zu seinem Vorteil gereichenden Eintritt der Bedingung der Unwiderruflichkeit wider Treu und Glauben herbei, so gilt sie ihm gegenüber als nicht eingetreten, d. h. es ist freier Widerruf möglich.

[43]) Eine Trennung der Folgen, je nachdem sie sich beim ersten oder zweiten Erbfall ergeben, ist hier nicht gut möglich und darum unterblieben.

[44]) In den Steuergesetzen wird übrigens meist bezüglich der Berechnung der Erbschaftssteuer die Einsetzung als „Letzterbe" (Erbe des Ueberlebenden) der „Nacherbeinsetzung auf den Ueberrest" gleichgestellt, d. h. bei beiden wird sowohl nach dem ersten als auch nach dem zweiten Erbfall die volle Steuer erhoben, so z. B. in dem hessischen Erbschaftssteuergesetz v. 30. August 1884.

[45]) Wie wiederholt betont, ist dies ja auch die Auffassung der Ehegatten.

Da die Letzterben lediglich Erben des Ueberlebenden werden, so richtet sich auch die Erbschaftssteuer grundsätzlich allein nach ihrer Stellung zu diesem[46]). Indessen enthalten die Steuergesetze meist eine besondere Bestimmung, wonach die Erbschaftssteuer nach dem Verhältnis des Letzterben zu dem ihm am nächsten stehenden Gatten, einerlei ob dies der Ueberlebende ist oder nicht, berechnet wird[47]). Dass diese letztere Berechnungsweise weit angemessener ist, als die oben erwähnte, der Construction des § 2269 entsprechende, liegt auf der Hand, da die Zuwendung materiell doch jedenfalls aus dem Vermögen des dem Letzterben am nächsten stehenden Gatten stammt, mag sie formell auch der andere Gatte gemacht haben.

Es ist also durchaus angebracht, selbst mit Hilfe einer Fiction, die letztere Berechnungsweise vorzuschreiben.

3. Wir wenden uns nun zu denjenigen Consequenzen der Construction des § 2269, welche erst beim zweiten Erbfall (Tod des Ueberlebenden) zu Tage treten[48]).

a) Ich habe schon früher hervorgehoben, dass der Letzterbe erst mit dem Tode des Ueberlebenden ein vererbliches Recht erlangt, dass er also, wenn die Letzterbeneinsetzung nicht unwirksam werden soll, diesen Erbfall erleben muss.

Indessen ist doch auch die Auslegungsregel des § 2069 in Betracht zu ziehen, aus der folgt, dass im Zweifel an Stelle eines weggefallenen gemeinsamen Abkömmlings dessen Nachkommen insoweit als Letzterben eingesetzt anzusehen sind, als sie auch bei gesetzlicher Erbfolge für ihren parens in die Bresche treten würden. Ebenso wird man auch in anderen Fällen, trotzdem der nominatim eingesetzte Letzterbe schon vor dem zweiten Erbfall verstorben ist, die Letzterbeneinsetzung doch nicht als unwirksam zu behandeln haben. Haben z. B. die Gatten als Erben nach dem Tod des Ueberlebenden

---

[46]) Vgl. Entsch. d. R. G. B. 38 S. 214.

[47]) Vgl. hierzu die Erörterungen bei Anm. 18 dieses Paragraphen.

[48]) Auf die im bisherigen Recht vielerörterte Frage, was beim Tod des Ueberlebenden an die Letzterben herauszugeben sei, ergibt sich nach dem B. G. B eine sehr einfache und selbstverständliche Antwort: alles vorhandene Vermögen des Ueberlebenden (mit Ausnahme der höchst persönlichen Rechte natürlich). Dieses Vermögen wird auch stets als Einheit vererbt, ohne Rücksicht darauf, ob es vom Erstversterbenden vererbt ist oder nicht.

Haben die Gatten etwas anderes beabsichtigt, so wird nicht die Construction des § 2269 Abs. 1, sondern die oben als zweite entwickelte, wonach der eingesetzte Dritte Nacherbe des Erstverstorbenen und Erbe des Ueberlebenden wird, anzuwenden sein.

„ihren nächsten beiderseitigen Verwandten", einen gemeinsamen Neffen, eingesetzt, und ist dieser schon vor dem zweiten Erbfall weggefallen, so wird man die nunmehr nächsten beiderseitigen Verwandten (etwa einen Vetter des Erstversterbenden und eine Cousine des Ueberlebenden) als eingesetzt anzusehen haben. Andernfalls würde der Ueberlebende über den gesamten Nachlass frei verfügen können, eventuell würde er kraft gesetzlicher Erbfolge beerbt werden, also von seinen einseitigen Verwandten, wodurch dann den Verwandten des Erstversterbenden dessen Nachlass endgiltig verloren ginge, ein Resultat, das unzweifelhaft dem Willen der Gatten, insbesondere dem des Erstversterbenden, nicht gerecht wird.

Haben die Gatten die Letzterben nicht nominatim, sondern nach gewissen Merkmalen bestimmt, so kommt es, falls hierfür ein Zeitpunkt entscheidend ist, auf den des zweiten Erbfalls (Tod des Ueberlebenden) an.

So sind z. B. in dem praktisch überaus häufigen Fall, dass die „beiderseitigen nächsten Verwandten" als Letzterben[49]) bedacht sind, im Zweifel diejenigen Personen instituiert, welche im Moment des Todes des Ueberlebenden entweder mit diesem oder mit dem Erstverstorbenen am nächsten verwandt sind resp. verwandt sein würden.

b) Nicht unbedenkliche Consequenzen ergeben sich anscheinend dann, wenn man den Einfluss der Lehre von der Ausgleichung beim zweiten Erbfall ins Auge fasst. Der folgende Fall soll dies veranschaulichen. Die Gatten, von denen der Ehemann nur sein (zur Bestreitung des Haushalts gerade hinreichendes) jährliches Einkommen, die Ehefrau dagegen ein Vermögen von 60000 Mk. besitzt, haben 3 Töchter. Die erste heiratet noch zu Lebzeiten beider Gatten und erhält eine Ausstattung von 15000 Mk; die zweite heiratet nach dem Tode der erstversterbenden Mutter und erhält von dem überlebenden Vater eine Ausstattung in gleicher Höhe, die dritte ist beim Tod des Ueberlebenden noch unverheiratet. Die beiden Ausstattungen sind selbstverständlich aus dem Vermögen der Mutter gewährt worden. Im gemeinschaftlichen Testament haben die Gatten sich gegenseitig als Erben und die 3 Töchter als Letzterben (zu gleichen Teilen) eingesetzt.

[49]) Ohne Rücksicht darauf, wieviel Personen sich auf beiden Seiten befinden, werden im Zweifel die Verwandten des einen und die des andern je zur Hälfte eingesetzt sein. Fällt übrigens, falls die beiderseitigen Verwandten nominatim instituiert sind, ein Verwandter des Erstversterbenden weg, so wächst sein Erbteil im Zweifel nur dessen Verwandten an.

Bei mechanischer Anwendung der Sätze des § 2050 ff. in Verbindung mit § 2269 könnte man nun zu dem Ergebnis gelangen, nur die zweite Tochter brauche ihre Ausstattung zu konferieren, weil nur sie von dem Erblasser eine Ausstattung erhalten habe. Sonach würden von den vom Vater hinterlassenen 30000 Mk. (dem Rest jener 60000 Mk.) erhalten:

die erste Tochter = 1/3 (30000 + 15000) = 15000
„ zweite „ = 1/3 (30000 + 15000) = 15000 = 0
„ dritte „ = 1/3 (30000 + 15000) = 15000

Dieses Resultat ist offenbar höchst ungerecht, weil es die erste Tochter auf Kosten ihrer beiden Geschwister grundlos bevorzugt. Der Billigkeit nach müsste auch jene ihre Ausstattung konferieren, da sie doch eigentlich nur formell Erbin ihres Vaters und nicht ihrer Mutter, von der sie die Ausstattung empfangen hat, wird. In diesem Fall würde sich das Ergebnis so gestalten:

Es erhielten:

die erste Tochter = 1/3 (30000 + 15000 + 15000) − 15000 = 5000
„ zweite „ = 1/3 (30000 + 15000 + 15000) − 15000 = 5000
„ dritte „ = 1/3 (30000 + 15000 + 15000) = 20000

Auch der dem § 2269 zu Grunde liegende Gedanke der Einheitlichkeit des ehelichen Vermögens lässt dieses letztere Resultat als das angemessenere erscheinen. Man wende auch nicht ein, die Gatten hätten im gemeinschaftlichen Testament Vorsorge treffen sollen. Die Ausgleichung der Vorempfänge tritt bekanntlich auf Grund der §§ 2050, 2052 ipso jure ein, es wird darum eine ausdrückliche und genaue Anordnung der Ausgleichung nur in besonderen Fällen erfolgen; dass aber ein solcher hier vorlag, haben die Gatten, denen man eine Kenntnis der Construction des § 2269 und seiner Consequenzen doch wohl kaum zumuten darf, nicht vorausgesehen. So werden testamentarische Anordnungen, welche jene üblen Folgen ausdrücklich beseitigen, sehr selten sein; höchstens hie und da wird ein besonders sorgfältiger Notar auf deren Errichtung drängen.

Der Richter wird in solchem Fall vielleicht dadurch helfen können, dass er die Letzterben als unter der Verpflichtung eingesetzt ansieht, ihre Vorempfänge, einerlei ob sie dieselben vom erstverstorbenen oder vom überlebenden Gatten erhalten haben, zu konferieren. Lediglich eine derartige Auslegung steht im Einklang mit dem Willen des Ueberlebenden,

auf dem allein ja nach § 2052 die Verpflichtung zur Ausgleichung überhaupt beruht[50]).

c) Wie steht es, wenn beim Tod des Ueberlebenden Pflichtteilsberechtigte (z. B. Gatte oder Kinder aus einer zweiten Ehe) vorhanden sind?[51])

Man kann zunächst auf § 2079 hinweisen, wonach sie auf Grund eines vermuteten Irrtums des Ueberlebenden bei Errichtung des correspectiven Testaments dessen Verfügungen anfechten können[52]). Allein dieses Anfechtungsrecht ist eine zweischneidige Waffe, denn im Fall der Anfechtung müssen sie infolge der gemäss § 2270 Abs. 1 eingetretenen Unwirksamkeit der correspectiven Verfügung des Erstverstorbenen (Erbeinsetzung des Ueberlebenden) dessen Nachlass herausgeben[53]). Es wird daher nur dann angefochten werden, wenn das Vermögen des Erstverstorbenen klein, das des Ueberlebenden aber gross ist.

Ist aber eine Anfechtung nicht möglich, oder halten sie die Berechtigten nicht für vorteilhaft, dann scheint sich die Folge aus der Construction des § 2269 zu ergeben, dass der Pflichtteil von dem gesamten Nachlass des Ueberlebenden, also auch mit Einschluss des vom Erstverstorbenen Ererbten, zu berechnen sei. Dadurch würden aber unter Umständen die Verwandten des Erstverstorbenen geschädigt werden und die Pflichtteilsberechtigten Zuwendungen aus dem vom Erstverstorbenen erhaltenen Vermögen empfangen, obwohl dies dem

---

[50]) Sind einseitige Abkömmlinge des Erstverstorbenen als Letzterben eingesetzt, so haben eventuell diese unter sich die von ihrem parens empfangenen Vorempfänge auszugleichen.

[51]) Bisweilen wird ja allerdings das gemeinschaftliche Testament für diesen Fall (Wiederverheiratung!) besondere Bestimmungen enthalten, indessen wird dies doch die Ausnahme bilden.

Selbstverständlich ist übrigens (was im bisherigen Recht nicht unzweifelhaft war), dass diese Pflichtteilsrechte durch den mit dem Tod des Erstversterbenden wirksam gewordenen Erbvertrag (resp. die Unwiderruflichkeit der Letzterbeneinsetzung) nicht beeinträchtigt werden können.

Wegen des Erb- bez. Pflichtteilsrechtes eines adoptierten Kindes vgl. die Erörterungen vor Anm. 34 des vorigen Paragraphen.

[52]) Vgl. aber auch § 2285.

[53]) Meist an die auch für diesen Fall vom Erstverstorbenen als Ersatzerben eingesetzt anzusehenden ihm nahestehenden Letzterben, nur unter Umständen verbleibt dem Nachlass des Ueberlebenden dessen gesetzlicher Erbteil, vgl. Anm. 28 dieses Paragraphen.

Willen desselben direkt widersprechen würde[54]). Dafür ein Beispiel:

Die Gatten A und B haben sich gegenseitig als Erben und ihren gemeinsamen Sohn C als Letzterben eingesetzt. Das Vermögen des A beträgt 150000 Mk., das des B 50000 Mk. Nach A's Tod heiratet B wieder und hinterlässt bei seinem Tode noch eine Tochter zweiter Ehe D. Nach dem oben Ausgeführten erhielte D als Pflichtteil: = 1/4 (50000 + 150000) = 50000, also das ganze ursprüngliche Vermögen des B, obwohl dieser doch noch einen Sohn (C) hinterlässt. Diesem verbliebe nur das ursprüngliche Vermögen seines parens A.

d) Eine ähnliche, der Billigkeit nicht entsprechende Consequenz ergibt sich anscheinend auch, wenn die Gatten in einem solchen Testament (§ 2269) einen gemeinsamen Abkömmling auf den Pflichtteil gesetzt haben. Dieser erhält dann auf Grund des § 2269 ebenfalls mehr, als ihm eigentlich gerechter Weise zukommt.

Beispiel:

Die Gatten A und B haben sich gegenseitig als Erben und eine wohlthätige Stiftung als Letzterbin eingesetzt; ihr einziger Sohn C soll den Pflichtteil erhalten.

Das Vermögen des (zuerst versterbenden) A beträgt 80000, das des B 40000 Mk.

Sonach ergibt sich anscheinend als Pflichtteil des C:

beim Tod des A = 3/8 80000 = 30000
„ „ „ B = 1/2 (40000 + 50000)[55]) = 45000 Mk.

Sonach erhielte C im ganzen 75000 Mk., also fast 2/3 des Vermögens beider Gatten (120000), während er der Billigkeit nach nur auf 3/8 beim ersten Erbfall und 1/2 beim zweiten Erbfall, also im ganzen auf 50,000 Mk., Anspruch hätte.

Eine derartige Berechnungsweise ist jedoch meines Erachtens unrichtig, und zwar ergibt sich dies aus folgendem Gedankengang:[56])

Der § 2079 hat die Tendenz, dem Pflichtteilsberechtigten mehr als seinen Pflichtteil zu verschaffen, nämlich seinen gesetzlichen Erbteil, der ja das Doppelte des Pflichtteils beträgt (§ 2303). Wie steht es aber damit in unserm Falle? Die Anfechtung aus § 2079 führt, wie oben bemerkt, dazu, dass das

[54]) Insbesondere wenn der Pflichtteilsberechtigte Gatte oder Abkömmling aus einer zweiten Ehe des Ueberlebenden ist.

[55]) Der Rest (5/8) der von A hinterlassenen 80,000 Mk.

[56]) Die folgenden Erörterungen treffen auch für den Fall eines gegenseitigen Erbvertrags zu (vgl. §§ 2280, 2298).

vom Erstverstorbenen Ererbte herausgegeben werden muss, und sonach der Pflichtteil lediglich von dem ursprünglichen Vermögen des Ueberlebenden berechnet wird. Der Pflichtteilsberechtigte erhielte also ev. weniger, als wenn er nicht angefochten, sondern sich mit dem Pflichtteil „begnügt" hätte.

Diese Erwägung führt uns aber auch auf den richtigen Weg. „Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils", sagt § 2303. Wer also einem unwiderruflich gewordenen correspectiven Testament resp. einem Erbvertrag gegenüber den Pflichtteil verlangt, stellt sich auf den Standpunkt, dass diese insoweit, als sie sein Pflichtteilsrecht beeinträchtigen nichtig sind; er muss dann aber auch dulden, das die aus § 2270 Abs. 1 sich ergebenden Folgen der Nichtigkeit ihm gegenüber eintreten, d. h. der Pflichtteil kann nur vom ursprünglichen Vermögen des Ueberlebenden berechnet werden. Jedenfalls kann der Pflichtteilsberechtigte, wenn er selber das correspective Testament in gewisser Hinsicht nicht respectiert, andererseits nicht wieder dessen Vorteile beanspruchen.

Somit berechnet sich der Pflichtteil des D (im ersten Beispiel) auf:

$$^1/_4 \cdot 50000 = 12500 \text{ Mk.},$$

derjenige des C (im zweiten Beispiel) auf:

$$^3/_8 \cdot 80000 + ^1/_2 \cdot 40000 = 50000 \text{ Mk.}^{57}).$$

4. Damit wären wir am Schlusse der Untersuchung des § 2269 Abs. 1 angelangt.

Zu bemerken bleibt nur noch, dass dieser seinem Wortlaut nach auch dann Anwendung zu finden hätte, wenn die beiden Gatten sich gegenseitig nicht als Allein-, sondern nur als Miterben eingesetzt haben. Indessen wird in solchen Fällen meist ein von dem § 2269 Abs. 1 stillschweigend vorausgesetztes Moment, das ich wiederholt hervorgehoben habe, fehlen, nämlich der Gedanke der Einheitlichkeit des ehelichen Vermögens, und darum die Anwendung der aufgeführten Construction (Verbindung von fideikommissarischer und Vulgarsubstitution) dem Willen der Gatten mehr entsprechen.

III. Der Abs. 2 des § 2269 stellt dann eine entsprechende Auslegungsregel für den Fall auf, dass die Gatten sich gegenseitig als Erben eingesetzt und ausserdem ein Vermächtnis

---

[57]) Rechnet man den Nachlass des Erstverstorbenen nur insoweit ab, als ihn der Ueberlebende auch nicht als gesetzlichen Erbteil erhalten hätte (vgl. Anm. 53 dieses Paragraphen), so ergibt sich folgendes Resultat:

Im ersten Beispiel erhält D $= ^1/_4$ (50000 + 37500) = 21875 Mk., im zweiten C $= ^3/_8$ 80000 + $^1/_2$ (40000 + 20000) = 60000 Mk.

angeordnet haben, das nach dem Tod des Ueberlebenden erfüllt werden soll.

Im bisherigen Recht bestand auch über die Construction dieses Falles und die damit zusammenhängenden Entscheidungen praktischer Fragen Streit.

Vielfach wurde angenommen, ein jeder der Gatten testiere für sich, unabhängig vom andern, und darum falle das ausgesetzte Vermächtnis zur einen Hälfte mit dem Tod des Erstversterbenden, zur andern mit dem des Ueberlebenden an, wodurch offenbar im Fall der Zuwendung einer bestimmten Sache ein ganz unhaltbares Resultat entstehen musste[58]).

Andere waren der Meinung, insbesondere in dem soeben angegebenen Falle (Zuwendung einer bestimmten Sache) gehe die Vermächtnisanordnung von jedem der beiden Gatten aus und folgerten hieraus, dass der Anfall mit dem Tod des Erstversterbenden erfolge, die Fälligkeit dagegen erst mit dem des Ueberlebenden eintrete[59]).

Eine dritte Ansicht, die der vom B. G. B. in Abs. 1 des § 2269 angenommenen Construction entspricht, ging dahin, dass jeder Gatte das Vermächtnis anordne für den Fall, dass er der Längstlebende sein werde und somit stets nur die Vermächtnisanordnungen des Ueberlebenden wirksam würden[60]).

Diese letzte Construction liegt wohl auch dem Abs. 2 des § 2269 zu Grunde. Es ist dies jedoch dem Wortlaut nach wenigstens nicht unzweifelhaft. Der Abs. 2 des § 2269 bestimmt lediglich, dass im Zweifel der Anfall des Vermächtnisses erst mit dem Tod des Ueberlebenden erfolgen soll[61]); von welchem Gatten aber das Vermächtnis herrührt, sagt er nicht, sondern lässt uns darüber völlig im Unklaren.

Es kann also, wie dies der dritten Construction entspricht, das Vermächtnis auf der Anordnung des Ueberlebenden beruhen und mit dessen Tode dem Bedachten anfallen (§ 2176), oder aber es ist der Erstversterbende als der Erblasser anzusehen und nur der Anfall des Legats bis zum Tode des Ueberlebenden hinausgeschoben (§ 2177)[62]).

Die Entscheidung ist von praktischer Bedeutung nicht

[58]) Gruchot, „Preuss. Erbrecht", II S. 500ff.

[59]) Dernburg Pr. Pr. R. III S. 496, Förster-Eccius IV § 257 Anm. 28 Entsch. d. R. G. B. 11 S. 258ff.

[60]) Entsch. d. R. G. B. 27 S. 148ff.

[61]) Daraus folgt, dass auch erst in diesem Zeitpunkt der Legatar ein vererbliches Recht erlangt.

[62]) Vgl. auch §§ 2162, 2163 Z. 1.

nur für einige der bereits bei Abs. 1 des § 2269 aufgeworfenen, sondern auch für eine Reihe neuer Fragen.

Ich weise zunächst darauf hin, dass für die Zeit vom Tode des Erstversterbenden ab der Vermächtnisnehmer geschützt wird, im ersten Fall durch den § 2288[63]), im zweiten Fall dagegen durch die §§ 2179. 160ff.

Ferner kann, wenn das Vermächtnis vom Ueberlebenden angeordnet ist, die Befriedigung des Vermächtnisnehmers, weil der Nachlass des Ueberlebenden überschuldet ist, oder die Letzterben in ihrem Pflichtteilsrecht verkürzt sind (§ 2306) unterbleiben, während andrerseits, wenn das Vermächtnis auf der Anordnung des Erstversterbenden beruht, die Erben des Ueberlebenden sich darauf berufen könnten, dass der Nachlass des Erstversterbenden überschuldet gewesen sei und sie resp. ihr Erblasser für die Nachlassverbindlichkeiten nur beschränkt hafteten[64]).

Wie oben bereits bemerkt, scheint der Gesetzgeber der Ansicht gewesen zu sein, das Vermächtnis beruhe auf der Anordnung des Ueberlebenden. Dafür spricht insbesondere auch die Analogie des Abs. 1 des § 2269. Daher wird man im Zweifel die oben als dritte aufgeführte Construction anzuwenden haben[65]).

Jedenfalls aber wird, ehe man zu der Auslegungsregel des § 2269 Abs. 2 greift, eine sehr sorgfältige Willensinterpretation vorangehen müssen.

Vor allem ist[66]), entgegen der Auslegungsregel des Abs. 2, der Anfall als sogar schon mit dem Tode des Erstversterbenden erfolgt und nur die Fälligkeit als bis zum Tod des Ueberlebenden aufgeschoben anzusehen, wenn ein bestimmter, dem Erstversterbenden gehörender Gegenstand vermacht ist, der nach dem Willen des Erstversterbenden in seiner Familie verbleiben soll.

Aber auch, wenn eine Geldsumme vermacht ist, wird man bisweilen nicht die Construction des § 2269 Abs. 2, sondern diejenige, nach welcher das Vermächtnis vom Erstversterbenden angeordnet ist, sein Anfall aber erst mit dem Tod des Ueberlebenden erfolgt, anzuwenden haben.

---

[63]) Inwieweit Correspectivität vorliegt und Unwiderruflichkeit eintritt, habe ich bereits bei Erörterung des § 2269 Abs. 1 besprochen.

[64]) Vgl. insbesondere § 1992.

[65]) A. A. Wilke, Anm. 2 zu § 2269, der unter Verweisung auf § 2177 annimmt, der Bedachte müsse den Tod des Ueberlebenden erlebt haben, die Zuwendung gelte aber als von beiden Gatten gemacht.

[66]) Vgl. Planck, Anm. 3 zu § 2269.

In Betracht kommt hauptsächlich der Fall, dass das Vermögen des Erstversterbenden bedeutend grösser ist, als das des Ueberlebenden; sonst würde häufig der Bedachte infolge des Zugriffs der Gläubiger des Ueberlebenden nach dessen Tode nichts erhalten.

Auch die Geltendmachung von Pflichtteilsrechten beim Tode des Ueberlebenden könnte unter Umständen höchst unbillig wirken. Ich denke dabei an folgendes Beispiel:

Die Gatten (A und B) haben je einen einseitigen Abkömmling (C und D). In einem gemeinschaftlichen Testament setzen sie sich gegenseitig als Erben und jene als Letzterben je zur Hälfte ein. Da jedoch das Vermögen des Gatten A 100000, das des B nur 50000 Mark beträgt, so ist, um die Ungleichheit teilweise anfzuheben, des letzteren einseitiger Abkömmling (D) mit verschiedenen Vermächtnissen an A's Freunde in Höhe von 20000 Mark belastet. Von den beiden Gatten stirbt A zuerst. — Würde man nun die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 2 anwenden, so könnte D bei dem Tode seines überlebenden parens unter Hinweis darauf, dass ihm nur die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils[67]) hinterlassen sei, auf Grund des § 2306 die Erfüllung des Vermächtnisses verweigern, obwohl sein Erbteil[68]) nach Abzug der Legate immer noch 55000 Mk., also 5000 Mk. mehr beträgt, als sein parens ursprünglich überhaupt besessen hat.

Es wird daher auch in diesem Fall anzunehmen sein, dass nicht der Ueberlebende, sondern der Erstversterbende das Vermächtnis angeordnet hat, der Anfall jedoch betagt ist.

---

[67]) Er ist ja der einzige gesetzliche Erbe des B.

[68]) $^1/_2$ (100000 + 50000) = 75000.